Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

u. dgl. ersetzten die früher in jure üblich gewesenen Ungehorsamsstrafen; im Uebrigen half vor wie nach das eremodicium aus.[102]) Das römische Recht, aus dem der Rechtsnachtheil des fingirten Eingeständnisses häufig hergeleitet wird, verwarf also lieber selbst die früher in jure angewendeten und immerhin auch später noch möglichen, einer confessio in jure gleichkommenden, Rechtswirkungen der contumacia, als daß es diese weiter, auch über die Thatfrage hin, ausgedehnt hätte.

Im Prozesse der klassischen Zeit stoßen wir auch hier wieder auf den sinnreich durchgeführten Gegensatz, wonach in jure jeder Schritt der Parteien, und so auch die negative Handlung des Ausbleibens oder Stillschweigens Rechtswirkungen in der Art begleiten, daß das ganze Verfahren eine Summe von obligirenden Dispositionshandlungen der Partei, ein wahres Privatrechtsverfahren vor dem öffentlichen Richter, darstellt; während in judicio die materiell wahre Thatsache und ihre natürliche Folgerung, vor dem Privatrichter der über dem Parteiwillen stehende öffentliche Wahrheitscharakter herrscht.

XII.

Ueber die Vertheilung der Specialmassen im Concurse und des Pfand- und beziehentlich Subhastationserlöses außerhalb des Concurses, wenn ein Gläubiger an mehreren Pfandobjekten wegen derselben Forderung ein Pfandrecht hat und andere, ebenfalls an diesen Objekten mit Pfandrecht versehene Gläubiger ihm nachstehen.

Von

Herrn Gustav Simon,
Rechtsanwalt in Leipzig.

Wenn demselben Gläubiger für dieselbe Forderung auf mehreren Grundstücken Hypothek eingetragen ist, so haben, wie man

102) Puchta a. a. O. S. 273.

gewöhnlich annimmt, die an diesen Grundstücken nachfolgenden Hypothekarier nicht nur ein sich gegenseitig widerstreitendes Interesse, sondern auch eine diesem Interesse entsprechende Berechtigung, zu verlangen, daß im Falle nothwendiger Versteigerung dieser Grundstücke die ihren Forderungen im Range vorgehende, mit mehrfachen Hypotheken versehene Forderung nicht ausschließlich aus dem Erlöse des ihnen selbst verpfändeten Grundstücks gedeckt werde; vielmehr müsse diese Forderung antheilig auch aus dem Erlöse des oder der anderen Grundstücke, auf welchen dieselbe ebenfalls hypothekarisch ruht, mit zur Befriedigung gelangen, damit das ihnen selbst zustehende Perceptionsquantum nicht zu sehr geschmälert oder gänzlich absorbirt werde. [1])

---

1) Der sehr einfache Fall, welchen Guyet in seiner Abhandlung über die Befriedigung eines mit mehreren Spezialhypotheken versehenen Gläubigers, Archiv für die civilistische Praxis 18. Bds. 3. Hft. S. 373 als Beispiel der im Texte erwähnten Collision mehrfacher Pfandrechte gewählt hat und welchen auch de Fontenay in seinem Aufsatze über dieselbe Frage, in dem gedachten Archive 37. Bd. 2. Hft. S. 166 ebenfalls anführt, ist folgender: auf dem Gute X, für welches 8000 Thlr. erlöst worden sind, hat A ein Pfandrecht wegen einer Forderung von 5000 Thlr.; ihm steht nach das ebenfalls auf X ruhende Pfandrecht des B wegen einer Forderung von 4000 Thlr., und endlich hat auch C das jüngste Pfandrecht an dem Gute X wegen einer Forderung von 3000 Thlr.; B hat jedoch wegen seiner schon erwähnten Forderung auch ein Pfandrecht an dem für 4000 Thlr. verkauften Gute Y erhalten, auf welchem noch eine Nachhypothek zu Gunsten des D für den Belauf von 4000 Thlr. ruht, also:

X = 8000 Thlr.	Y = 4000 Thlr.
A = 5000 Thlr.	B = 4000 Thlr. (dieselbe Forderung)
B = 4000 Thlr.	D = 4000 Thlr.
C 3000 Thlr.	

Sowohl Guyet als de Fontenay und die vielen, von dem Ersteren angeführten Theorieen und neueren, gesetzlichen Bestimmungen gehen von der Ansicht aus, daß in den gedachten Fällen die nachstehenden Hypothecarier ein ihrem Interesse entsprechendes Recht darauf haben, daß die zur Befriedigung des vorhergehenden Hypothecariers erforderliche Summe zu ihren Gunsten auf die mehreren Pfandobjekte vertheilt werde; nur darüber, wie diese Vertheilung vorgenommen werden solle, giebt es fast eine Legion verschiedener Ansichten. — Ich werde in Folgendem zu zeigen bestrebt sein, daß das Grundprinzip, auf welchem diese verschiedenen Ansichten basirt sind, an sich selbst nicht richtig ist und daher auch zu irrigen Consequenzen führen mußte.

Der ebengedachte Fall, daß auf mehreren Grundstücken für dieselbe Forderung Hypothek eingetragen ist, kommt bekanntlich sehr häufig vor; nach gemeinem Rechte aber, welches auch an beweglichen Gegenständen die Bestellung einer Hypothek, ohne Uebertragung des Besitzes des verpfändeten Objektes, verstattet, kann leicht dieselbe Collision der Pfandrechte eintreten, wenn an mehreren, beweglichen Gegenstände für dieselbe Forderung Pfandrechte bestellt und an denselben Gegenständen anderen Gläubigern nachstehende Pfandrechte eingeräumt worden sind. [2]) Beide Fälle sind, soweit nicht partikularrechtliche Vorschriften eine andere Norm an die Hand geben, nach denselben rechtlichen Grundsätzen zu entscheiden.

Ich habe bereits in einem früheren Aufsatze in dieser Zeitschrift ausführlich dargelegt, daß nach den Grundsätzen des R. R. zwischen den mehreren, an demselben Objekte mit Pfandrecht versehenen Gläubigern eine rechtliche Gemeinschaft und überhaupt ein gegenseitiges Rechtsverhältniß irgend welcher Art nicht besteht. [3])

Es muß daher behauptet werden, daß es nach R. R. an jedem Rechtsgrunde gebricht, aus welchem die nachstehenden Pfandgläubiger von einem vorgehenden, mit mehrfachen Pfandrechten für dieselbe Forderung versehenen Pfandgläubiger sollten *verlangen* können, daß derselbe sich zuvörderst wegen seiner Befriedigung nicht an das auch ihnen, sondern an andere, ihm für seine Forderung ebenfalls verpfändete Objekte halten *müsse*. [4])

In der Entwicklung des deutschen Rechts und in den neueren Partikulargesetzen aber hat die Selbstständigkeit der Pfandrechtsstelle, kraft welcher der vorgehende Pfandgläubiger bis zum Um-

2) cfr. l. 1 pr. D. 13, 7; l. 4, l. 13. §. 3 D. 20, 1; l. 12. §. 10 D. 20, 4; l. 1 D. 20, 5; l. 8 Cod. 8, 18; l 1, 2, 3, Cod. 8, 20.

3) Vergl. meinen Aufsatz: „Ueber die Selbstständigkeit des Pfandrechts und der Pfandrechtsstelle ꝛc. Archiv für civilist. Praxis 41. Bd. 1. Hft. S. 40 ff. 53 ff.

4) cfr. l. 11. §. 4. Dig. 13, 7; l. 19. Dig. 20, 1; l. 2. Dig. 20, 4; l. 8. Dig. 20, 5; l. 65. Dig. 21, 2; l. 85. §. 6. Dig. 45, 1; l. 16, l. 17. Cod. 8, 28; E. C. Westphal, systematische Erläuterung der Röm. Ges. vom Pfandr. §. 189; Göschen, Vorlesungen ꝛc. II. S. 368; Thibaut, Pandektensystem §. 789.

fange seines Pfandrechts den nachstehenden Pfandgläubiger unbedingt von jedem dinglichen Rechte an dem Pfandobjekte ausschließt, durch die Eintragung der Hypothek in den Grund- und Hypothekenbüchern nicht nur eine sinnbildliche Darstellung, sondern eine erhöhte, rechtliche Bedeutung erhalten.

Der Eintrag, die in dem Grund- und Hypothekenbuche verlautbarte *Pfandrechtsstelle* ist nach den neueren Gesetzen die rechtliche Form des Pfandrechtes an sich, sowie auch dessen prioritätischen Ranges, dessen Verkörperung, welche, als solche, das auf dem Folium des Grund- und Hypothekenbuchs verlautbarte Eigenthumsrecht an dem Grundstücke belastet und einschränkt.

Durch diese in dem Grund- und Hypothekenbuche enthaltene Verlautbarung des Pfandrechts kommt der hypothekarische Eintrag in seiner Wirkung, zur Sicherung und Erhaltung der Rechte des Pfandgläubigers, dem von dem Pfandgläubiger an dem Pfandobjekte ausgeübten Besitze selbst durchaus gleich. — Die neueren Partikulargesetze erkennen die Richtigkeit dieser Annahme am deutlichsten dadurch an, daß sie eine Verjährung der actio hypothecaria nicht zulassen, so lange das Pfandrecht im Grund- und Hypothekenbuche eingetragen steht[5]); denn dieser Eintrag enthält eben eine ununterbrochene Geltendmachung des Pfandrechtes selbst. *Heyne* l. c. findet den Grund der Nichtverjährbarkeit in der Oeffentlichkeit des Hypoth.-Buchs, damit Dritte, welche auf Grund eines Eintrags Rechte erwerben, nicht zu Schaden kommen. — Dies würde aber die Unverjährbarkeit nur für Dritte, nicht für den ursprünglichen Besitzer der Hypothek erklären.

Weil der *Eintrag* der Hypothek die Belastung des Eigenthums mit dem dinglichen Pfandrechte *auf dem Folium* des Grundstücks darstellt, *auf welchem allein* alle ein dingliches Recht betreffenden Verfügungen über das letztere gesetzliche Gültigkeit erlangen und ihre rechtliche Wirkung äußern können[6]), um

5) cfr. Oesterreich. Civilges. §. 1500. Preuß. Landr. 1. Th. Tit. 9. §. 511. tit. 20. §. 534; Baier. Hyp.-Ordn. §. 31; *Gönner*, Comment. S. 329; Würtemb. Hypoth.-Ordn. §. 73; *Mayer*, Comment. I. S. 363; Königl Sächs. Ges. §. 28; *Heyne*, Comment. I. S. 169, vergl. die Citate in Note 45 und 46.

6) Vgl. Preuß. Landr. Th. 1. Tit. 20. §. 20, 99, 100, 438; Preuß.

deßwillen ſchützt dieſer Eintrag die Hypothek, ebenſo vor Verjährung, wie überhaupt jedes dingliche Recht durch ſeine Ausübung vor Verjährung geſchützt wird; derſelbe enthält, wie der nach R. R. von dem Pfandgläubiger an dem Pfandobjekte ausgeübte Beſitz, eine thatſächliche, ſinnliche Aeußerung des Pfandrechtsnexus, welche ebenſo, wie jener Beſitz nach R. R., den Pfandſchuldner verhindert, zum Nachtheil des Rechtes des Pfandgläubigers über das verpfändete Grundſtück zu verfügen.

Auch mit der actio hypothecaria wurde nach R. R. zunächſt nur der Beſitz des Pfandobjekts verfolgt und erſtrebt [7]); es lag ſchlechterdings kein rechtlicher Zwang vor, daß der beſitzende, nach neueren Geſetzen alſo der eingetragene Pfandgläubiger, um ſein Recht vor Verjährung zu ſchützen, das Pfandobjekt behufs ſeiner Befriedigung wirklich hätte veräußern müſſen [8]). — Die Ausübung des Pfandrechts beſteht, deſſen rechtlicher Natur ganz entſprechend, nicht nur darin, daß der Pfandgläubiger ſich aus dem Pfandobjekte befriedigt, ſondern auch darin, daß derſelbe ſich durch das Pfandobjekt thatſächlich ſichert; um deß-

---

Hypoth.-Ordn. Tit. 1. §. 55 ff., Tit. 2. §. 215 ff., 244 ff., 262 ff.; Oeſterr. Geſ. Th. 2. Hauptſt. 6. Art. 431 ff., 447 ff.; Bayer. Hypoth.-Ordn. §. 9, 10, §. 25, 26, 34 ff., 44, 45, 53, 59—61, 144; Königl. Sächſ. Geſ. §. 22. §. 92, 93; Würtemb. Hyp.-Ordn. §. 85.

7) cfr. §. 7. Inst. de act. 4, 6; l. 7. §. 12 i. f. D. 10, 3; l. 16. §. 3, l. 21. §. 3. D. 20, 1; l. 12 pr., §. 7. D. 20, 4; l. 28 pr. D. 13, 7; l. 12. §. 1. D. 20, 6; l. 19. Cod. 4, 32; cfr. Büchel, über die Natur des Pfandrechts S. 97 ff.; Glück, Commentar XVIII. S. 333 ff.; Sintenis Handb. S. 561 ff.

8) cfr. l. 6 pr. D. 13, 7: Quamvis convenerit, ut fundum pigneratitium tibi vendere liceret, nihilo magis cogendus es vendere, licet solvendo non sit is, qui pignus dederit: quia tua causa id caveatur. Sed Atilicinus, ex causa cogendum creditorem esse ad vendendum, dicit Quid enim si multo minus sit, quod debeatur, et hodie pluris venire possit pignus, quam postea? Melius autem est dici, eum, qui dederit pignus, posse vendere, et accepta pecunia solvere id, quod debeatur: ita tamen, ut creditor necessitatem habeat ostendere rem pigneratam, si mobilis sit; prius idonea cautela a debitore pro indemnitate ei praestanda: invitum enim creditorem cogi vendere, satis inhumanum est.

willen läuft eben gegen den das Pfandobjekt **beſitzenden** Pfandgläubiger **keine** Verjährung[9]).

Die Richtigkeit der Annahme, daß nach den neueren Hypothekengeſetzen der hypothekariſche Eintrag für den Pfandgläubiger den pfandrechtlichen Beſitz vertritt, ergiebt ſich recht deutlich auch in dem Falle, wenn mehrere Hypotheken nach Maßgabe ihres Eintrags im Grund- und Hypothekenbuche einen gleichen Rang einnehmen. Nach R. R. entſchied in dem Falle, wenn mehrere Pfandrechte gleichen, prioritätiſchen Rang hatten, der Beſitz des Pfandobjekts in Folge des prozeſſualiſchen Grundſatzes „melior conditio est possidentis“ und der beſitzende Beklagte war der obſiegende Theil, weil der Kläger kein beſſeres Recht nachweiſen konnte[10]). Nach den neueren Grund- und Hypothekengeſetzen aber, nach welchen über die Priorität des Pfandrechts lediglich die Reihen- und Nummernfolge der hypothekariſchen Einträge entſcheidet, welche ſich nach dem Datum des Eingangs der Geſuche um Eintragung einer Hypothek richtet, kann auch der im Naturalbeſitze des verpfändeten Grundſtücks befindliche Pfandgläubiger einem andern Pfandgläubiger, welcher kraft ſeines hypothekariſchen Eintrags einen gleichen Rang einnimmt, in keiner Weiſe mehr vorgehen, ſondern wird vielmehr mit dem Letzteren bei einer Sequeſtration, wie Subhaſtation des Grundſtücks an dem Ausfalle der

---

9) cfr. l. 7. pr. §. 1, §. 2, §. 5 Cod. 7, 39; l. 7. §. 5 cit.: Immo et illud procul dubio est, quod, si quis eorum, quibus aliquid debetur, res sibi suppositas sine violentia tenuerit: per hanc detentionem interruptio sit praeteriti temporis, si minus effluxit triginta, vel quadraginta annis: et multo magis, quam si esset interruptio per conventionem introducta: etc. **Thibaut**, Verjähr. §. 54; **Unterholzner**, ausführl. Verjähr. Lehr. 2. §. 249. Nr. 2; l. 2. Cod. 8, 31: „Intelligere debes vincula pignoris durare personali actione submota.“ **Gönner** erklärt die Unverjährbarkeit des eingetragenen Pfandrechts an Immobilien aus der in dem Eintrage liegenden, gerichtlichen Interpellation; es liegt aber in dem Eintrage noch mehr, als nur eine Interpellation, indem derſelbe zugleich das beanſpruchte Recht ſelbſt geſetzlich beurkundet und bethätigt.

10) cfr. l. 10, l. 16. §. 8 Dig. 20, 1; l. 1. §. 1 Dig. 43, 33, meine cit. Abhandl. Not. 32.

Nutzungen und beziehendlich dem Erlöse der Versteigerung nur pro rata seiner Forderung participiren [11]).

Wenn aber der hypothekarische Eintrag als eine Ausübung des Pfandrechts, dem Besitze des Pfandobjektes selbst in seiner Wirkung gleichkömmt, so kann auch der mit höherem Range eingetragene Pfandgläubiger niemals in der Lage sein, sein Pfandrecht gegen den nachstehenden Pfandgläubiger erst mittelst Klage ausführen zu müssen. — Der dem vorgehenden Pfandgläubiger gebührende, prioritätische Rang ist durch den hypothekarischen Eintrag in solcher Weise öffentlich beurkundet und festgestellt, daß eine klagweise Ausführung dieses Ranges dem nachstehenden Pfandgläubiger gegenüber schon um deßwillen überflüssig ist, weil der hypothekarische Eintrag selbst eben über diese Priorität entscheidet. Auch in dem Falle, wenn der nachstehende Pfandgläubiger das verpfändete Grundstück im Naturalbesitze haben sollte, wird es für den vorgehenden Pfandgläubiger zur Geltendmachung seines besseren Pfandrechts nicht erst der Anstellung einer Klage, sondern vielmehr im Mandats- oder Executionsprozesse nur eines einfachen Gesuches bei dem Richter bedürfen; denn da der hypothekarische Eintrag für den Pfandgläubiger, wie wir bereits sahen, den pfandrechtlichen Besitz vertritt, so folgt hieraus von selbst, daß der nachstehend eingetragene Pfandgläubiger *gegen* den früher eingetragenen Pfandgläubiger einen pfandrechtlichen Besitz nicht ausüben, daher auch kraft eines Naturalbesitzes am Pfandobjekte nicht als Beklagter die Ausführung jenes besseren klägerischen Pfandrechts erheischen kann.

Für die Entscheidung der uns zur Beantwortung vorliegenden Frage ist es aber von Wichtigkeit, daß der vorgehende Pfandgläubiger, welcher für eine und dieselbe Forderung an mehrere Immobilien Pfandrechte erlangt hat, gegen die, wenn auch im Natu-

---

11) cfr. Preuß. Hyp.-Ordn. Tit. II. §. 8, 30, 168; Merkel, Comment. II. S. 164; Baier. Hypoth.-Ordn. §. 59—61; Gönner, Comment. S. 480; Königl. Sächs. Ges. §. 92, 93, 134, 148; Heyne, Comment. I. S. 356 f., II. S. 16; Würtemb. Hyp.-Ordn. §. 97; Preuß. Concurs-Ordn. v. 8. Mai 1855 §. 61; der in §. 61 der Concurs-Ordn. aufgestellte Grundsatz war auch schon nach früherem preußischem Rechte anerkannt, vergl. Gerichtsordn. I. 50. §. 381 ff.

valbeſitze befindlichen, nachſtehenden Pfandgläubiger nicht mittelſt der actio hypothecaria erſt klagend auftreten muß, um ſich in den Beſitz des Pfandobjektes zu ſetzen, wie er dies nach R. R. ſolchenfalls thun mußte, wenn er ſein Pfandrecht ausüben wollte[12]); denn der nachſtehende, beſitzende Pfandgläubiger würde einem ſolchen, als Kläger auftretenden, prioritätiſchen Pfandgläubiger, wenn derſelbe aus anderen, ihm für dieſelbe Forderung verpfändeten Objekten ſeine vollſtändige Befriedigung ſofort erlangen kann, allerdings die Einrede entgegenſtellen können, daß es der angeſtellten Klage zu ihrer Begründung an allem und jedem rechtlichen Intereſſe mangele[13]). Dieſe Einrede würde demnach von

12) Nach den neueren Grund- und Hypothekengeſetzen iſt es überhaupt nicht mehr der Beſitz des Grundſtücks, welchen der Pfandgläubiger, um zu ſeiner Befriedigung zu gelangen, zuvörderſt mittelſt Klage verfolgt, ſondern derſelbe trägt auf Sequeſtration oder Subhaſtation des verpfändeten Grundſtücks bei dem Richter der belegenen Sache an; vergl. meine cit. Abhandl. Not. 46; Preuß. P.-O. Tit. 24. §. 110 ff. Dieſe Subhaſtation vertritt aber nur die nach R. R. geſtattete, außergerichtliche Veräußerung des unbeweglichen Pfandes; dieſelbe kann nicht als ein eigentlicher Akt der richterlichen Hülfsvollſtreckung angeſehen werden, wie eine ſolche ſonſt, nach erfolgter Ausklagung eines Schuldners, ſtattfindet, indem auf deſſen Immobilien ein gerichtliches Hülfspfandrecht gelegt wird.

13) cfr. l. 16. §. 4. §. 6. Dig. 20, 1; l. 21. §. 3. Dig. 20, 1: Si res pignerata non restituatur, lis adversus possessorem erit aestimanda: sed utique aliter adversus ipsum debitorem. aliter adversus quemvis possessorem: nam adversus debitorem non pluris, quam quanti debet, quia non pluris interest: adversus caeteros possessores etiam pluris, et quod amplius debito consecutus creditor fuerit, restituere debet debitori pigneratitia actione; es iſt offenbar, daß das Motiv der vorſtehenden Entſcheidung „quia non pluris interest“ in dem im Texte fraglichen Falle dahin führen muß, daß die Schätzung des Intereſſes des klagenden Gläubigers auf Nichts hinaus läuft, ſowie denn auch, worauf die Entſcheidung der vorſtehenden Stelle ebenfalls beruht, der nachſtehende Pfandgläubiger, ebenſo wie der Pfandſchuldner ſelbſt, den Ueberſchuß über das Intereſſe des vorgehenden Pfandgläubigers in Anſpruch nehmen kann, um ſeine Forderung aus demſelben zu befriedigen. — Vergl. auch l. 95, l. 97. § 1, l. 112 i. f. Dig. 45, 1, l. 97. §. 1 cit.: Possum utiliter a te ita stipulari, Titii nomine te soluturum, neque enim hoc simile est illi, Titium daturum; sed ex ea stipulatione, dum interest mea, agere possum et ideo si locuples sit Titius; nihil ex hac stipulatione consequi possum: quid enim mea inter-

Seiten des Beſitzers beweglicher Pfandobjekte nicht unbegründet erſcheinen, wenn unter gleichen Vorausſetzungen der für dieſelbe Forderung an mehreren beweglichen Gegenſtänden mit Pfandrecht verſehene, vorgehende Gläubiger gegen einen nachſtehenden, eines dieſer Pfandobjekte beſitzenden Pfandgläubiger klagend auftreten wollte. Da in dieſem Falle die actio hypothecaria auf Erlangung des Beſitzes des Pfandobjektes gegen den nachſtehenden Pfandgläubiger gerichtet ſein müßte, ſo würde dieſer Letztere, wenn der vorgehende Pfandgläubiger ſich bereits im Beſitze eines ſeine Forderung vollſtändig deckenden Pfandobjektes befindet, allerdings mit der Einrede zu hören ſein, daß der Kläger durchaus nicht das geringſte rechtliche Intereſſe daran habe, ihn, den Beklagten, aus dem Beſitze des von ihm innegehabten Pfandobjektes zu ſetzen [14]).

Sehen wir aber von dem Einfluſſe ab, welchen in vielen Fällen der vorſtehend erörterte, prozeſſualiſche Grund auf die Entſcheidung unſerer Frage ausüben kann, ſo werden wir im Allgemeinen den Grundſatz aufſtellen müſſen, daß ein Pfandgläubiger, welcher außerhalb des Concurſes mehrere, für dieſelbe Forderung ihm verpfändete, bewegliche Gegenſtände verſteigern läßt, durchaus nach ſeiner freien Wahl ſeine Befriedigung aus dem Erlöſe des einen oder des andern Pfandobjektes entnehmen kann [15]);

---

est, id a te fieri, quod si non feceris, aeque salvam pecuniam habiturus sum?

14) Es iſt wohl zu beachten, daß dieſe Einrede des nachſtehenden Pfandgläubigers prozeſſualiſcher Natur iſt; dieſelbe beruht keineswegs auf einem materiellen Rechte des nachſtehenden Pfandgläubigers gegen den vorgehenden, für dieſelbe Forderung mit mehrfachen Hypotheken verſehenen Pfandgläubiger, ſondern ſteht eben nur dem Beklagten, als ſolchem, zu. Der Letztere iſt daher auch keineswegs verpflichtet, an dieſem Vortheile ſeiner prozeſſualiſchen Stellung andere, jenem prioritätiſchen Gläubiger ebenfalls nachſtehende Pfandgläubiger participiren zu laſſen.

15) Guyet in ſeiner Eingangs citirten Abhandlung S. 370 flg. will ein ſolches unbedingtes Wahlrecht des Pfandgläubigers unter den mehreren, ihm für dieſelbe Forderung verpfändeten Objekten nicht zugeben, wenn der Gläubiger aus einer ſolchen Wahl keinen Nutzen ziehen und nur nachſtehenden Pfaudgläubigern Schaden zufügen würde; beſonders müſſe dieſes Wahlrecht dann wegfallen, wenn das eine der Pfandobjekte, welches anderen Gläubigern nicht verpfändet iſt, hinreicht, die Forderung des prioritätiſchen Pfandgläubigers zu decken und derſelbe zu ſeiner Befriedigung grade ein an-

derselbe unterliegt nur der selbstverständlichen Beschränkung, daß er, sobald er befriedigt ist, zur Veräußerung weiterer Pfandobjekte nicht schreiten darf, sowie er auch, nachdem er seine Befriedigung erhalten hat, den Ueberschuß aus dem Erlöse der mehreren Pfandobjekte an die nachstehenden Pfandgläubiger herausgeben muß [16]). Da es aber immer von seiner Wahl abhängt, aus dem Erlöse welchen Objektes er mehr oder weniger seine Befriedigung entnehmen will [17]), so hängt es mittelbar auch von seiner Wahl ab, ob von dem Erlöse des einen oder des andern Pfandobjekts mehr oder weniger den an diesen Pfandobjekten nachstehenden Pfandgläubigern zufallen soll.

Der besondere Fall, wenn eine Mehrzahl von Objekten, welche in einer universitas juris oder facti inbegriffen sind, mittelst einer Generalhypothek einem Gläubiger verpfändet ist, hat bereits an einer anderen Stelle Erörterung gefunden [18]). Da mehrere Rechtslehrer annehmen, daß der vorgehende Pfandgläubiger sich zuvörderst an solche Gegenstände seiner Generalhypothek halten müsse,

---

deres, ihm für dieselbe Forderung verpfändetes Objekt wählen wollte, welches zugleich anderen, nachstehenden Pfandgläubigern verpfändet ist; eine solche Wahl widerspreche der aequitas und sei daher nicht zu dulden. — Allein die Quellenstellen, auf welche dieser Autor sich für diese seine Ansicht beruft, betreffen der vorliegenden Frage durchaus fremde Rechtsverhältnisse, die von ihm im Texte selbst hervorgehobenen Stellen sind sogar lediglich baupolizeilicher Natur, es sind dies l. 3 pr. D. 50, 10 und die nicht glossirte Novelle 63 praef. cap. 1. — Es findet vielmehr jenes, aus einer zu weit greifenden aequitas geschöpfte Motiv im positiven Rechte, wenn es sich um das freie Gebahren mit dinglichen Rechten handelt, keine genügende Begründung und ist bereits de Fontenay in seiner Eingangs citirten Abhandlung S. 163 ff., in Uebereinstimmung mit Sintenis Handbuch des gemeinen Pfandrechts S. 471 ff., der oben gedachten von Guyet vertheidigten Beschränkung des Wahlrechts des Pfandgläubigers entgegengetreten.

16) cfr. l. 12. §. 5, l. 20 D. 20, 4; Göschen, Vorlesungen II. §. 355; v. Wening-Ingenheim, Lehrb. I. §. 172.

17) Vergl. meinen Aufsatz Archiv für civilist. Praxis l. c. S. 32 ff. Ich habe daselbst ausführlicher die Selbstständigkeit der Pfandrechtsstelle, als solcher, nachstehenden Pfandrechtsstellen gegenüber, dargelegt und es bilden in dieser Beziehung die Erörterungen jenes Aufsatzes zugleich mit die principielle Grundlage der hier zur Entscheidung kommenden Fragen.

18) Vergl. meine cit. Abhandl. S. 33 ff.

welche nachſtehenden Pfandgläubigern nicht mittelſt Spezialhypothek verpfändet ſind[19]), ſo muß hier nur das Eine bemerkt werden, daß dieſe Annahme, wäre ſie auch begründet, doch nicht dahin ausgelegt werden darf, als ob in allen Fällen, in welchen mehrere Pfandobjekte für dieſelbe Forderung haften, der Gläubiger ſeine Befriedigung zuvörderſt aus denjenigen Objekten entnehmen müſſe, welche von nachſtehenden Pfandrechten frei ſind[20]); denn die Annahme jener Rechtslehrer ſtützt ſich nur auf ſolche geſetzliche Beſtimmungen[21]), welche ausſchließlich von der Generalhypothek, als ſolcher, handeln und dieſe ſetzt zu ihrem Begriffe nothwendig die Verpfändung einer universitas voraus, ſei es einer universitas juris oder facti[22]).

---

19) Mit dieſem Falle iſt nicht der andere zu verwechſeln, wenn demſelben Gläubiger neben einer Generalhypothek für dieſelbe Forderung Spezialpfänder beſtellt werden; in dieſem letzteren Falle ſpricht eine natürliche Auslegung des muthmaßlichen Willens der Contrahenten dafür, daß der Gläubiger zuerſt aus den Spezialpfändern ſeine Befriedigung ſuchen ſolle; vergl. hierüber Gesterding, Ausbeute 4. S. 42 ff.; v. Bangerow, Leitfaden 1. §. 389. Anm. 2a; Hepp, Archiv für civiliſt. Praxis 9. Nr. 19. S. 375; Thibaut, Arch. f. civiliſt. Praxis Bd. 17. S. 4 ff.; v. Schröter, Zeitſchrift für Civilr. u. Prozeß 1. Nr. 16, 1.

20) Gegen Guyet, welcher, wie ſchon gedacht, eine derartige Beſchränkung aufſtellt, läßt ſich noch beſonders anführen, daß die Quellen, welche das Verhältniß der vorgehenden Generalhypothek zur nachſtehenden Spezialhypothek ſehr wohl beachtet und in dieſer Beziehung zu ſo mannichfachen Controverſen Veranlaſſung gegeben haben, ganz unzweifelhaft dem analogen, im Texte erörterten Falle durch entſprechende Rechtsvorſchriften eine gleiche Beachtung geſchenkt haben würden, wenn dem an mehrfachen Pfandobjekten für dieſelbe Forderung mit Pfandrecht verſehenen Gläubiger eine Beſchränkung bei Ausübung ſeines Pfandrechts, nachſtehenden Pfandgläubigern gegenüber, hätte auferlegt werden ſollen.

21) Vergl. meine cit. Abhandl. S. 35 u. S. 38.

22) cfr. l. 13 pr. l. 32, l. 26. §. 2, l. 15. §. 1, l. 34 pr. D. 20, 1, l. 26. §. 2 cit.. Lucius Titius praedia et mancipia, quae in praediis erant obligavit: heredes ejus, praediis inter se divisis, illis mancipiis defunctis, alia substituerunt: creditor postea praedia cum mancipiis distraxit: Quaeritur, an ipsa mancipia, quae sunt modo in praediis constituta, hoc est (in) hopothecis emptor vindicare recte possit? Modestinus respondit, si neque pignorata sunt ipsa mancipia, neque ex pignoratis ancillis nata, minime creditoribus obligata esse; l. 2 Cod. 8, 14; l. 1, l. 9 Cod.

Das Wahlrecht des Pfandgläubigers, welchem mehrere Pfandobjekte für dieselbe Forderung haften, wird abgesehen von dem schon oben erörterten Falle, daß grade ein nachstehender Pfandgläubiger ihm als Beklagter gegenüber steht, dann immer eine Beschränkung erleiden müssen, wenn derselbe den Weg der Klage beschritten hat, und durch richterliche Hülfe aus diesen Pfandobjekten seine Befriedigung sucht. — Wenn ein Pfandgläubiger von mehreren ihm für dieselbe Forderung verpfändeten Objekten, als obsiegender Kläger, in der Executionsinstanz das eine oder das andere dem Richter als Executionsobjekt bezeichnet, so kann es keinem gegründeten Zweifel unterliegen, daß das Ermessen des Richters, in welchen von diesen Gegenständen er die Hülfe vollstrecken wolle, wenn der Werth dieser mehreren Pfandobjekte den Werth des Klagobjekts unzweifelhaft übersteigt, in diesem Falle ebenso Platz greifen muß, als wenn die von dem Gläubiger zur Hülfsvollstreckung bezeichneten Gegenstände demselben nicht verpfändet wären; denn das materielle, für den Gläubiger aus dem Pfandrechte erwachsende Recht besteht eben nur in seiner prioritätischen Befriedigung vor anderen Gläubigern, welchen kein oder nur ein schlechteres Pfandrecht zusteht[23]); das Wahlrecht des Pfandgläubigers aber, aus welchem Objekte er seine Befriedigung erlangen wolle, wenn zu seiner vollständigen Befriedigung das eine oder auch das andere Pfandobjekt hinreicht, nimmt, sobald der Pfandgläubiger sein Pfandrecht auf gerichtlichem Wege verfolgt hat, eine durchaus prozessualische Natur an, da es keinen anderen Erfolg haben kann, als dem Richter von mehreren Objekten der Hülfsvollstreckung das eine oder das andere zu bezeichnen, wie dies jeder obsiegende Kläger, der auch nicht Pfandgläubiger ist, in der Executionsinstanz thun kann[24]). Die Befugniß des Richters, unter diesen

---

8, 17; vergl. Sintenis, Handb. §. 50. §. 51; Glück, Comment. 18. S. 235 ff.; Roßhirt, Zeitschr. f. Civilr. u. Criminalr. Bd. 1. Nr. 1. S. 1 ff.

23) cfr. l. 15. §. 5 D. 42, 1: nec videtur, deterior conditio creditoris fieri suum consecuturi, nec prius jus pignoris dimissuri, quam si ei fuerit satis datum.

24) Vergl. C. Martin, Lehrb. des bürgerl. Prozesses §. 270; Preuß. Verordn. v. 4. März 1834; Königl. Sächs. Ges. v. 28. Februar 1838 und

mehreren Objekten der Hülfsvollstreckung die Auswahl zu treffen, muß daher auch in diesem Falle Platz greifen und der Richter alle Gründe der Billigkeit in Betreff anderer nachstehender Pfandgläubiger, sowie in Betreff anderer Gläubiger überhaupt, endlich auch in Betreff des Pfandschuldners selbst beachten [25]).

Im Concurse aber hat das Concursgericht noch ganz besonders die Verpflichtung, nicht nur für eine bestmöglichste Verwaltung und Verwerthung des Vermögens des Gemeinschuldners Sorge zu tragen [26]), sondern auch eine, den rechtlichen Ansprüchen der einzelnen Gläubiger möglichst entsprechende Befriedigung der Forderungen derselben durch die Distribution der Masse zu erzielen [27]). Es findet im Concurse eine Hülfsvollstreckung in das gesammte Vermögen des Gemeinschuldners statt und so erhält jenes officium nobile judicis das Ermessen des Richters bei der Hülfsvollstreckung, welches schon bei der in einem einzelnen Rechtsstreite in das Vermögen des Schuldners stattfindenden Execution Platz greifen muß, um der Billigkeit und dem Rechte zugleich Rechnung zu tragen, im Concurse eine erhöhte Bedeutung und legt dem Rich-

---

über das s. g. jus variandi des Impetranten. das Recht desselben, anstatt eines Hülfsobjektes ein anderes zu bezeichnen, s. die angef. Verordn. §. 12, das angef. Ges. §. 49.

25) Auf diese mehrfachen Rücksichten der Billigkeit sind auch die rechtlichen Vorschriften zum Theil zurückzuführen, welche schon im R. R. die von dem Richter unter den Gegenständen der Hülfsvollstreckung zutreffende Auswahl bestimmen; bei dieser Auswahl können jene Rücksichten allerdings nur insoweit in Betracht kommen, als durch dieselben eine möglichst schleunige Rechtspflege und die Befriedigung des klagenden Gläubigers nicht verzögert wird; cfr. l. 15, l. 31, l. 58 D. 42, 1; l. 10 D. 20, 4; l. 1 Cod. 8, 23; l. 26 D. 13, 7; l. 1 Cod. 8, 22; Auth. agricultores, l. 7, l. 8 Cod. 8, 17; cfr. Heffter, System des Civilprozeßrechts §. 518; Bayer, Vorträge S. 533; Puchta, Dienst der deutschen Justizämter §. 250 ff. Fast alle neueren Gesetzgebungen enthalten in diesen Beziehungen über das Hülfsvollstreckungsverfahren sehr ins Einzelne gehende Bestimmungen.

26) Vgl. Puchta, über den Concursprozeß S. 283 ff; Danz, summarisch. Proz. ꝛc. §. 162. §. 168. §. 170 ff.; Claproth, summar. Proz. §. 305 ff.; l. 10 Cod. 7, 72; l. 14 pr., l. 15 D. 42, 5; l. 2. D. 42, 7; v. Gönner, Handb. IV. 82. §. 34.

27) Vergl. Hommel, Rhaps. 228; Kind, quaest. for. III. 44; Schweppe, System des Concurses ꝛc. §. 140 ff.; Kori l. c. §. 113 ff.

ter auf der einen Seite umfänglichere Pflichten auf, gestattet ihm aber auch einen freieren Spielraum in seinen Maßnahmen bei der Verwaltung und Vertheilung der Masse. — Wenn nun ein mit mehrfachen Pfandrechten für dieselbe Forderung versehener Pfandgläubiger seine Forderung und seine Pfandrechte gegen den curator litis et bonorum ausgeführt hat und aus den ihm für seine Forderung verpfändeten, zur Concursmasse gehörigen Objekten seine Befriedigung verlangt, so muß nach den vorstehend erörterten Grundsätzen behauptet werden, daß derselbe solchenfalls ein Wahlrecht unter diesen mehreren, ihm für dieselbe Forderung verpfändeten Gegenständen nicht in Anspruch nehmen kann[28]); denn die

---

28) Die Preuß. Concurs-Ordn. vom 8. Mai 1855 bestimmt in § 56: Wenn eine Forderung ungetheilt auf mehreren zur Concursmasse gehörigen Grundstücken haftet, so ist bei Vertheilung der Verkaufgelder nach folgenden Grundsätzen zu verfahren: 1. „Der Gläubiger ist berechtigt, sich an die Kaufgelder jedes einzelnen Grundstücks wegen seiner ganzen Forderung zu halten." Nummer 2 und 3 bestimmen sodann die Proportionen der Beitragspflicht der verschiedenen Spezialmassen zur Befriedigung der auf ihnen solidarisch haftenden Pfandrechtsforderung, wogegen es dann unter 4 heißt: „Verlangt der Gläubiger, vermöge des ihm nach Num. 1 zustehenden Rechts, eine andere als die unter Num. 2 und 3 vorgeschriebene antheilige Befriedigung aus einer oder der anderen Masse, so wird dadurch gleichwohl in dem Beitragsverhältnisse der einzelnen Massen unter sich nichts geändert und es muß den Massen, welche zur Befriedigung des Gläubigers über ihren Antheil hergegeben haben, dieser Mehrbetrag aus den Massen, welche gar nichts oder weniger als ihren vollen Antheil hergegeben haben, verhältnißmäßig erstattet werden." — Es ist das nach diesem Paragraphen dem Pfandgläubiger vorbehaltene Wahlrecht im Concurse insofern unschädlich, als der Richter schließlich die Distribution der Spezialmassen doch so vornehmen muß, wie das Gesetz dieselbe, ohne jenem Wahlrechte einen Einfluß zu gestatten, bestimmt. — Wenn übrigens die vorstehende gesetzliche Bestimmung nur von den aus Immobilien gebildeten Spezialmassen handelt, da dieser Fall allerdings der gewöhnliche ist, so dürften dieselben Bestimmungen doch analoger Weise auch auf die aus Mobilien gebildeten Spezialmassen anzuwenden sein, wenn ausnahmsweise aus denselben Spezialmassen im Concurse gebildet werden und die gleichen Voraussetzungen vorliegen. — Im Concurse kann jedenfalls ein Unterschied für die Beantwortung unserer Frage zwischen den mehrfachen, für dieselbe Forderung an Mobilien und den mehrfachen für dieselbe Forderung an Immobilien bestellten Pfandrechten nicht Platz greifen, da beide Arten von Pfandrechten, aus den später im Texte angegebenen Gründen, im Concurse Klag-

Tilgung der Pfandschuld wird im Concurse lediglich durch einen Akt der richterlichen Hülfsvollstreckung bewirkt. Allerdings fragt es sich, ob Pfandgläubiger überhaupt verpflichtet sind, ihre Forderungen im Concurse anzumelden und gegen den curator litis auszuführen; allein diese Frage ist zu bejahen. Das Concursgericht ist das universelle Forum für alle Forderungen gegen den Gemeinschuldner; der hauptsächliche Zweck, eine Uebersicht aller Activen und Passiven zu gewinnen, um nach derselben eine Vertheilung der Masse zu bewirken, würde gradezu vereitelt werden, wenn es den Pfandgläubigern freistehen sollte, ihre Forderungen im Concurse gar nicht anzumelden und deren Rechtsbeständigkeit, welche doch ebenfalls in Frage stehen kann, gegen den curator litis gar nicht auszuführen [29]) und doch zugleich ihre Pfänder stillschweigend zu retiniren [30]), um sich zu beliebiger Zeit aus denselben zu befriedigen.

---

weise ausgeführt werden müssen und Mobilien wie Immobilien, als Theile der Concursmasse, Objekte der richterlichen Hülfsvollstreckung sind. — Nach der Gerichtspraxis im Königr. Sachsen ist es daher auch anerkannt, daß das Wahlrecht des Pfandgläubigers im Concurse in Bezug auf Mobilien, wie in Bezug auf Immobilien in Wegfall kömmt, vgl. H. Reinhard, die Ordnung der Gläubiger im Concurse nach den im Königreich Sachsen geltenden Rechten §. 204.

29) Das Concursgericht hat im Interesse der gesammten Gläubigerschaft die Rechtsbeständigkeit einer jeden Forderung gegen den Gemeinschuldner zu prüfen, vgl. v. Dabelow, ausführl. Erläut. d. Lehre vom Concurse ꝛc. S. 720 ff.; v. Reinhardt, Lehre v. Gante und Gantverfahren §. 117; Kori, Concursprozeß §. 19 ff.

30) Es ist bekanntlich eben dies bestritten, ob die Pfandgläubiger gehalten seien, ihre Pfänder zur Concursmasse einzuliefern, vgl. v. Gönner, Handb. IV. §. 10; Danz, summar. Proc. §. 161; Kind, de retent. pignor. etc, Quaest. for. I, 54; Happel, v. Rechte der Gläubiger in Ansehung der Faustpfänder und antichretischer Versetze bei ausgebrochenem Concurse; Spangenberg, Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. V. S. 196 ff.; mit Recht geben Particulargesetze und Praxis der bejahenden Meinung den Vorzug. — Es rechtfertigt sich die Verpflichtung der Pfandgläubiger zur Einlieferung der Pfandobjekte an das Concursgericht schon aus dem Grunde, weil letzteres für bestmögliche Verwaltung und Verwerthung des Gesammtvermögens des Gemeinschuldners, zu welchem die Pfandobjekte ebenfalls gehören, von Amtswegen Sorge zu tragen hat und diese Fürsorge dem Pfandgläubiger sogar

Wenn aber der Pfandgläubiger sein Pfand zur Concursmasse einliefern und seine Forderung im Concurse anmelden und ausführen muß, so wird das Pfand als Executionsobjekt ein Theil der gesammten Concursmasse, unbeschadet der prioritätischen Befriedigung, welche aus demselben dem Pfandgläubiger gebührt[31]). Insoweit daher dieses Pfand einen Ueberschuß gewährt, fällt die Vertheilung desselben dem Concursrichter anheim und in diesem Falle kann, wenn ein Pfandgläubiger für dieselbe Forderung mehrere Pfandrechte erlangt hat, eine Collision der an diesen Pfandobjekten nachstehenden Pfandgläubiger unter sich oder eine Collision dieser nachstehenden Pfandgläubiger, den chirographarischen Gläubigern gegenüber, eintreten. Es ist nämlich für die Entscheidung der uns zur Beantwortung vorliegenden Frage die andere Frage präjudiciell, ob in die durch Befriedigung des mit mehrfachen Hypotheken versehenen Pfandgläubigers offen werdenden Pfandrechtsstellen im Concurse die an den betreffenden Pfandobjekten nachstehenden Pfandgläubiger oder vielmehr die gesammte Gläubigerschaft, als solche, einzurücken berechtigt ist. Ist dies Letztere der Fall, dann kann eine Collision der nachstehenden Pfandgläubiger, als solcher unter sich, selbstverständlich nicht eintreten. Es muß aber behauptet werden, daß allerdings nur die gesammte Gläubigerschaft, als solche, und keineswegs die an jenen Pfandobjekten nachstehenden Pfandgläubiger im Concurse in die offen werdenden Pfandrechtsstellen des mit mehrfachen Hypotheken für dieselbe Forderung versehenen Gläubigers einzurücken berechtigt ist[32]).

Zwischen den mehreren, an demselben Objekte mit Pfandrecht versehenen Gläubigern besteht eine rechtliche Gemeinschaft an dem

---

mit zu Gute kömmt; vgl. auch Leyser, Med. Sp. 486. m. 1; Claproth, summar. Proz. §. 319; vgl. auch die in Note 8 citirte l. 6. pr. Dig. 13. 7.

31) Die Concursmasse bildet für die Gesammtheit der Gläubiger das gemeinschaftliche Objekt der Befriedigung; vergl. J. G. Bauer, de judicio concursus creditorum universali et creditoribus modo singulorum, modo universitatis faciem sustinentibus (Op. I. 36), Gensler, Archiv für civilistische Praxis II. S. 347 ff.

32) Fontenay l. c. S. 170 ff. behauptet, daß im Concurse die an den verschiedenen Pfandobjekten nachstehenden Pfandgläubiger einen durchaus

Pfandobjekte in keiner Weise[33]); vielmehr ist es für einen vorgehenden Pfandgläubiger bei Ausübung seines Pfandrechtes rechtlich ganz gleichgültig, ob an dem ihm verpfändeten Objekte nachstehende Pfandgläubiger noch ein Pfandrecht haben oder nicht[34]). Hieraus folgt nothwendig, daß nachstehende Pfandgläubiger aus dem Pfandrechte eines vorgehenden Pfandgläubigers, soweit nicht das an einer anderen Stelle erörterte jus offerendi eine besondere

---

gleichen rechtlichen Anspruch auf die frei werdenden Pfandrechtsstellen der mit mehrfachen Hypotheken versehenen vorgehenden Pfandrechtsforderung hätten und zwar aus dem negativen Grunde, weil die an verschiedenen Objekten nachstehenden Pfandgläubiger in keinem gegenseitigen Prioritätsverhältnisse zu einander stünden. — Auch de Fontenay läßt die ihm aus dem angegebenen negativen Grunde nahe liegende Frage, ob ein rechtlicher Anspruch auf jene Pfandrechtsstellen im Concurse nicht der chirographarischen Masse, als solcher, gebühre, ganz unberührt, wie dies freilich die anderen Theorieen ebenfalls thun. — Es würde aber aus jenem negativen Grunde sich immer noch keineswegs die von de Fontenay gezogene Folgerung ergegen, daß die Summe der frei werdenden Pfandrechtsstellen einer jeden Pfandmasse zu gleichen Theilen zugetheilt werden müsse; denn wenn den Pfandgläubigern, wie de Fontenay annimmt, als Pfandgläubigern aus ihrem gegenseitig sich widerstreitenden Interesse zugleich ein pfandrechtlicher Anspruch von gleicher Stärke erwachsen soll, so müßten solchenfalls auch die pfandrechtlichen Grundsätze entscheiden. — Wenn aber mehrere Pfandrechte von gleicher Stärke sind, so haftet keineswegs der Erlös des Pfandobjekts den Pfandrechtsforderungen nach deren Anzahl zu gleichen Theilen, sondern es findet vielmehr, insoweit der Besitz des Pfandobjekts nicht entscheidet — vergl. Note 10 —, eine Vertheilung des Pfanderlöses nach Verhältniß der Größe der Pfandrechtsforderungen statt; cfr. l. 16. §. 8. D. 20, 1; Glück, Comment. S. 223 ff., 315 ff.; Buchholz l. c. pag. 57 ff.; Preuß. Concurs-Prdn. vom 8. Mai 1855, §. 61: „Mehrere an derselben Stelle anzusetzende Forderungen werden, wenn die Masse zu ihrer vollständigen Tilgung nicht hinreicht, nach Verhältniß ihrer festgestellten Beträge gleichmäßig berichtigt.“ — Demnach müßte nach jener von de Fontenay aufgestellten Prämisse der von der Gesammtsumme der mehrfachen, für dieselbe vorgehende Forderung haftenden Pfandrechtsstellen, nach Befriedigung dieser vorgehenden Forderung, verbleibende Ueberschuß an die, an sämmtlichen Pfandobjekten nachstehenden Pfandgläubiger nach Verhältniß der Größe ihrer Forderungen zur Vertheilung kommen.

33) Ich habe diesen Grundsatz in meiner mehrfach angeführten Abhandlung ausführlich erörtert, weshalb ich hier auf dieselbe verweise.

34) Vergl. meine Abhandl. l. c. S. 32 ff., S. 42 ff.

und auch nur scheinbare Ausnahme begründet[35]), irgend welche Rechte für sich selbst durchaus nicht ableiten können, daher ihnen auch nicht aus dem Umstande ein besonderes Recht erwachsen kann, daß die ihnen an mehreren Pfandobjekten vorgehenden Pfandrechte für dieselbe Forderung und nicht für mehrere Forderungen haften.

Dieser Umstand kann allerdings den nachstehenden Pfandgläubigern außerhalb des Concurses insofern einen Vortheil gewähren, als dieselbe Pfandrechtsforderung, welche auf mehreren Pfandobjekten haftet, sei es von dem Schuldner, sei es von ihnen selbst nur einmal berichtigt zu werden braucht, um die mehreren Pfandobjekte zu befreien, zu diesem Ende aber mehrere vorgehende Pfandrechtsforderungen, wenn sämmtliche für dieselben verhafteten Pfandobjekte frei werden sollen, sämmtlich berichtigt werden müssen. Allein ein solches faktisches Interesse erzeugt für die nachstehenden Pfandgläubiger in keiner Weise einen rechtlichen Anspruch, wie schon daraus deutlich erhellt, daß jene für dieselbe Forderung haftenden, mehreren Pfandrechte, sobald der Pfandgläubiger und der Eigenthümer der Pfandobjekte hierüber einverstanden sind, auf mehrere, verschiedene Forderungen, ohne Rücksicht auf die nachstehenden Pfandgläubiger, übertragen werden können[36]). Die vorgehende Pfandrechtsstelle ist demnach für

35) Vergl. meine in Not. 3 angeführte Abhandl. l. c. S. 44 ff.

36) z. B. der mit mehrfachen Hypotheken für dieselbe Forderung versehene Gläubiger giebt diese Hypotheken für diese Forderung auf, behält sich dieselben aber zugleich für ebenso viele andere verschiedene Forderungen vor, als ihm Pfandobjekte für die frühere Forderung hafteten. Dies ist ein einfacher Fall der successio in locum suum, welche bekanntlich ohne Rücksicht auf die nachstehenden Pfandgläubiger gestattet ist. — Oder aber ein solcher Pfandgläubiger giebt seine Hypothek für die frühere Forderung an einem andern Objekte auf, indem er sich dieselbe zugleich für eine andere Forderung vorbehält; an dem anderen Objekte aber tritt alsbald darauf mittelst der successio in locum alterius ein anderer Gläubiger in seine Hypothek ein, welcher dem Schuldner die Mittel zur Berichtigung der ursprünglichen Pfandrechtsforderung gewährt hat oder diese Forderung und Hypothek wird von dem ursprünglichen Gläubiger weiter cedirt u. s. w. Sowie für die vorstehenden, mehr zusammengesetzten Fälle die Uebertragbarkeit der für dieselbe Forderung haftenden Pfandrechte auf verschiedene Forderungen sich nicht bezweifeln läßt,

die nachstehenden Pfandgläubiger ein durchaus fremdes Rechtsobjekt, eine res aliena. Dies lehren die eben gedachten, noch heutzutage praktischen Fälle der pfandrechtlichen sog. successio in locum suum und in locum alterius; es ergiebt sich aus denselben, daß das Pfandrecht und die Pfandrechtsstelle nach gemeinem Rechte einer Uebertragbarkeit von einer Forderung auf die andere, ohne Rücksicht auf die an demselben Pfandobjekte nachstehenden Pfandgläubiger [37]) und die Pfandrechtsstelle für den Erwerber des Pfandobjekts sogar einer selbstständigen, rechtlichen Existenz, grade zum Schutze gegen nachstehende Pfandgläubiger, auch dann noch fähig ist, nachdem die ursprüngliche Pfandrechtsforderung selbst schon ge-

---

so ist dieselbe auch einfach in der Weise zulässig, daß der Pfandgläubiger, welchem für dieselbe Forderung Pfandrechte an verschiedenen Objekten bestellt sind, auf diese Pfandrechte in Uebereinstimmung mit dem Schuldner zu Gunsten verschiedener Forderungen mit der Wirkung verzichtet, daß an jedem Pfandobjekte eine andere Forderung in das kraft einer solchen Verzichtleistung abgetretene Pfandrecht eintritt, cfr. l. 12. §. 4. Dig. 20, 4; l. 21. Cod. 4, 29: Jubemus licere mulieribus et pro uno contractu, vel certis contractibus, seu, pro una vel certis personis seu rebus juri hypothecarum sibi competenti per consensum proprium renunciare etc. Die l. 12 pr. Dig. 20, 6 steht dieser Ansicht nicht entgegen, da Paulus in dieser Stelle nur auf einer Auslegung des muthmaßlichen Willens des Verzichtenden fußt; im Gegentheile lehren die Worte remisisse videri, daß der Verzichtende sehr wohl seinem Verzichte durch eine ausdrückliche Erklärung die Bedeutung einer Cession seiner Pfandrechtsstelle, als solcher, anstatt der Bedeutung eines einfachen Verzichtes auf dieselbe, beilegen kann; ersteren Falls tritt in dieselbe der Cessionar, letzteren Falls der nachstehende Pfandgläubiger ein, vergl. Carpzov, P. 2. cap. 16. def. 16. No. 9; A. Schweppe, System des Concurses ꝛc. §. 80; Dessen Röm. Privatr. I. §. 5. Not. 4; Gottschalk, Sel. disc. for. T. 2 pag. 160 sq.; Dernburg, die hypothekarische Succession, Arch. für civilist. Praxis, 41. Bd. 1. Hft. S. 1 ff. und bes. S. 11. — Die von Dernburg angeführte l. 2. Dig. 13, 7 lehrt unzweideutig, daß bei der successio in locum alterius nicht das alte Pfandrecht nur vorbehalten, sondern vielmehr ein neues Pfandrecht für eine andere Forderung an der früheren Pfandrechtsstelle begründet, mit anderen Worten, daß nur die Pfandrechtsstelle, als solche, abgetreten wird. — Wenn daher für dieselbe Forderung mehrere Pfandrechte hafteten, so können ebenso viele neue Pfandrechte an deren Stelle für verschiedene Forderungen, unter Abfindung oder mit Zustimmung des früheren Gläubigers, von dem Schuldner bestellt werden.

37) cfr. l. 11. §. 1. Dig. 13, 7; l. 3 pr., l. 12. §. 5, §. 8, §. 9 l. 21 pr. Dig. 20, 4; l. 3. Dig. 20, 3; l. 1. Cod. 8, 19.

tilgt iſt[38]). Die nachſtehenden Pfandgläubiger haben daher auf die vorgehende Pfandrechtsſtelle ebenſo, wie auf den Ausfall der vorgehenden Pfandrechtsſtelle zu ihren Gunſten keinen rechtlichen Anſpruch[39]). Dies erkennen die neueren Grund- und Hypothekengeſetze auch ganz unzweifelhaft in der ſog. Hypothek des Eigenthümers an, indem der Eigenthümer eines Grundſtücks, welcher eine auf ſeinem Geundſtücke hypothekariſch haftende Forderung abgetragen hat, nach dieſen Geſetzen berechtigt iſt, die Hypothek der getilgten Forderung auf ſich ſelbſt im Grund- und Hypothekenbuche überſchreiben zu laſſen, ſo wie dieſelbe an andere, dritte Perſonen für deren Forderungen weiter zu cediren[40]),

---

38) cfr. l. 17. Dig. 20, 4; l. 3. §. 1, l. 5. §. 1. Dig. 20, 5; l. 3. Cod. 8, 19: Si potiores creditores pecunia tua dimissi sunt, quibus obligata fuit possessio, quam emisse te dicis, ita ut pretium perveniret ad eosdem priores creditores: in jus eorum successisti: et contra eos, qui inferiores illis fuerunt, justa defensione te tueri potes.

39) In wie hohem Grade die Wahrheit dieſes rechtlichen Grundſatzes verkannt werden kann, dies lehrt unter Anderen H. Reinhard, die Ordnung der Gläubiger im Concurs nach den im Königr. Sachſen geltenden Rechten, welcher in der ſächſiſchen Gerichtspraxis Autorität genießt, §. 205; es heißt daſelbſt: „Hat ein Gläubiger, dem die Befugniß zuſteht, aus mehreren Specialmaſſen und zwar aus jeder verhältnißmäßig, vorzüglich ſeine Befriedigung zu ſuchen, auch noch vor Ausbruch des Concurſes auf ſein ihm an einem Gegenſtand zukommendes Pfand- oder Vorzugsrecht Verzicht geleiſtet, ſo iſt die Vertheilung demungeachtet ſo vorzunehmen, als wenn die Renunciation nicht erfolgt wäre. Allein mit demjenigen Theil der Forderung, welcher eigentlich aus der betreffenden Specialmaſſe hätte zur Befriedigung kommen ſollen, iſt der Gläubiger nun nicht dabei vorzüglich, ſondern nur bei der gemeinen Maſſe als chirographariſcher Gläubiger in Anſatz zu bringen. Denn auf Rechte, welchen bereits entſagt worden iſt, kann nachmals kein Anſpruch gemacht werden, und der Gläubiger hat keine Befugniß, durch ſeine Renunciation die andern Gläubigern an andern Gegenſtänden (sic!) zukommenden Rechte zu beeinträchtigen.“ — Nach ſächſiſcher Gerichtspraxis wird nämlich die mit mehrfachen Hypotheken verſehene Forderung auf die verſchiedenen Specialmaſſen behufs ihrer Berichtigung repartirt; die ſolchergeſtalt aus dieſen mehrfachen Pfandrechtsſtellen überſchießenden Licitationsgelder fallen aber nicht der geſammten Gläubigerſchaft, als ſolcher, ſondern den nachſtehenden Pfandgläubigern zu.

40) Vergl. §. 52 des Anhangs zum preußiſchen allgem. Landrecht in Verbindung mit der Deklaration vom 3. April 1824, Geſetzſamml. S. 77;

so daß also die nachfolgenden Hypothekarier keineswegs in jene frei gewordene Pfandrechtsstelle einrücken, wenn dieselbe nicht auf den Antrag des Eigenthümers selbst gelöscht wird. Dieselbe sog. Hypothek des Eigenthümers ertheilen diese Gesetze auch dem Pfandgläubiger, welcher das ihm früher verpfändete Grundstück später selbst erwirbt[41]). Es besteht die Pfandrechtsstelle in allen diesen Fällen, so lange dieselbe nicht an einen Dritten von dem Grundstückseigenthümer abgetreten wird, selbstständig, ohne das Substrat einer Forderung, als sog. Hypothek des Eigenthümers fort. —

A. F. von der Hagen in seiner Monographie: „Die Hypothek des Eigenthümers" S. 145 faßt die Hypothek des Eigenthümers so auf, als bedeute dieselbe den durch die getilgte und auf den Eigenthümer zurückgefallene Pfandrechtsstelle wiederum frei gewordenen Umfang des Pfandobjektes[42]). Allein in

---

Königl. Sächs. Ges. vom 6. November 1843 §. 117 ff.; auch in Baiern, Würtemberg und andern deutschen Staaten bestehen entsprechende, gesetzliche Vorschriften.

41) Vergl. §. 119 des angef. sächs. Gesetzes: „Gleichergestalt ist der Besitzer des Grundstücks, welcher eine darauf versicherte Forderung auf andere Weise, als durch Cession, erwirbt, oder der Inhaber einer solchen Forderung, welcher das Eigenthum des Grundstücks erwirbt, berechtigt, sowohl die Löschung der Forderung im Grund- und Hypothekenbuche zu verlangen, als auch dieselbe, so lange sie noch nicht im Grund- und Hypothekenbuche gelöscht ist, weiter zu cediren"; dieselbe Bestimmung findet sich in dem angeführten §. 52 des Anhangs zum allgem. preuß. Landr. und anderen neueren Gesetzen.

42) Vergl. v. der Hagen l. c. S. 145 ff.: „Befreit der Besitzer sein Grundstück durch Bezahlung eines vorstehenden Hypothekengläubigers von einer Realverbindlichkeit, so kommt dies den nachstehenden Pfandgläubigern nicht zu statten, und Niemand, als er selbst ist, vermöge eines dinglichen Rechts befugt, auf den entsprechenden Theil des, bei der Subhastation erzielten Kaufpreises Anspruch zu machen. Der Eigenthümer nimmt denjenigen Theil des pretii, der dem befriedigten Hypothekengläubiger, wenn sein Recht noch validirte, zugefallen sein würde, jure dominii hinweg, grade ebenso, wie er vermöge seines Eigenthums den Ueberrest, der nach Befriedigung sämmtlicher eingetragenen Hypotheken verbleibt, hinwegzunehmen befugt ist" und S. 149: „Das nämliche würde z. B. eintreten müssen, wenn sich nach der Subhastation fände, daß ein, erst nach erfolgter Eintragung dem Hauptgute beigefügtes unbewegliches Pertinenzstück mit veräußert worden sey, welches nach §. 454.

dieser Anschauung liegt offenbar eine Verkennung der Selbstständigkeit der Pfandrechtsstelle und eine Verwechselung dieser Pfandrechtsstelle an dem Pfandobjekte mit dem entsprechenden Werththeile des Pfandobjektes selbst. — Das Pfandobjekt selbst wird den nachstehenden Pfandgläubigern gegenüber, von deren rechtlichem Anspruche es sich hier handelt, so lange dieselben nicht völlig befriedigt sind, gar nicht frei, weder im Ganzen, noch in einem Theile, da nach bekannten Rechtsgrundsätzen das Pfand in seiner Totalität für jeden und auch selbst den kleinsten Theil einer jeden Pfandschuld haftet[43]); nur die betreffende Pfandrechtsstelle ist es, welche durch die Abtragung der entsprechenden Pfandschuld frei geworden und diese Stelle ist es, welche durch das Gesetz dem Eigenthümer des Grundstücks in den gedachten Fällen vorbehalten wird. — Dagegen läßt sich ein wirkliches und eigentliches Pfandrecht des Eigenthümers an seinem Grundstücke nicht annehmen[44]); der Eigenthümer müßte dasselbe unter dieser Voraussetzung auch selbst zur Subhastation bringen können, eine Consequenz, deren Undenkbarkeit recht deutlich zeigt, daß es sich hier nicht um das Fortbestehen eines eigentlichen Pfandrechts, sondern um das Fortbestehen einer selbstständigen Pfandrechtsstelle handelt.

Eben um deßwillen, weil dem Grundstücksbesitzer in der sog. Hypothek des Eigenthümers an seinem Grundstücke nur eine Pfandrechtsstelle, aber kein Pfandrecht zusteht, kann derselbe aus dieser Hypothek, wie dieselbe durch die neueren Grund- und Hypothekengesetze ins Leben gerufen wurde, nicht das Recht für sich in An-

---

Tit. 20. Thl. 1. Allg. L. R. dem dinglichen Rechte der Gläubiger an sich nicht unterliegt. Mit dem nämlichen Rechte, mit welchem der Besitzer einen correspondirenden Theil der Kaufgelder vorwegnehmen würde, mit demselben Rechte geschieht dies dort ꝛc." Hagen giebt indeß zu, daß die Gerichtspraxis in Preußen mit seiner Ansicht nicht übereinstimmt, s. l. c. S. 147; dieselbe betrachtet im Falle der Subhastation die auf den Namen des Eigenthümers des Grundstücks eingetragene Hypothek als nicht vorhanden, so daß die nachfolgenden Gläubiger die Stelle derselben einnehmen.

43) cfr. l. 9. §. 3, l. 11. §. 4. Dig. 13, 7; l. 15. §. 2, l. 19. Dig. 20, 1; l. 65. Dig. 21, 2; l. 85. §. 6. Dig. 45, 1; l. 6, l. 16. Cod. 8, 28; l. 2. Cod. 8, 32.

44) cfr. l. 29. Dig. 13, 7; l. 30 i. f. Dig. 44, 2; l. 45 pr. Dig. 50, 17.

spruch nehmen, daß bei erfolgter Subhastation des Grundstücks ein seiner Hypothek entsprechender Betrag, unter Ausschließung der nachstehenden Gläubiger von den Licitationsgeldern für ihn in Abzug komme[45]). Wohl aber sollte aus der Hypothek des Eigenthümers dem Grundstücksbesitzer in denjenigen besonderen Fällen und bis zu dem Umfange ein solches Recht nicht versagt werden, in welchem er dasselbe schon nach gemeinem Rechte, das die neuere, im engeren Sinne sog. Hypothek des Eigenthümers noch nicht kannte, schon in Anspruch nehmen konnte; namentlich also muß der Vorrang vor den nachstehenden hypothekarischen Gläubigern dem Eigenthümer des Grundstücks insoweit zustehen, als der Vorbesitzer der um deßwillen schon nach gesetzlicher Bestimmung auf den Erwerber des Grundstücks übergegangenen Hypothek aus dem Kaufgelde befriedigt wurde, welches der Letztere für den Erwerb des Grundstücks zahlte. Nach gemeinem Rechte gebührt dem Besitzer des Grundstücks in diesem Falle der Betrag seiner Hypothek unzweifelhaft aus den Licitationsgeldern, unter Ausschließung der nachstehenden Pfandgläubiger[46]). Dies müssen wir daher auch jetzt noch annehmen, insoweit Particulargesetze nicht eine Abänderung getroffen haben. Dasselbe gilt, wenn einem Pfandgläubiger das verpfändete Grundstück für seine Forderung an Zahlungsstatt gegeben wurde, in welchem Falle der Erwerber des Grundstücks den nachstehenden Pfandgläubigern gegenüber seine Hypothek mit voller Wirkung beibehalten soll[47]), denselben daher bei der Ver-

---

45) Vergl. das angeführte sächs. Ges. vom 7. November 1843. §. 120: ꝛc. „Ebenso hat außerhalb des Concurses der Besitzer keinen Anspruch darauf, daß der Betrag einer auf ihn selbst gekommenen hypothekarischen Forderung von dem Erlöse des zwangsweise versteigerten Grundstücks abgesondert und ihm überlassen werde, so lange andere auf das Grundstück eingetragene Gläubiger nicht vollständig befriedigt sind."

46) cfr. l. 3. Dig. 20, 3; l. 17. Dig. 20, 4; l. 3. §. 1. Dig. 20, 5; l. 3. Cod. 8, 19 cit. A. A. de Buchholtz, qui potiores in pignore sint comment. p. 60 sq.

47) cfr. l. 5. §. 1. Dig. 20. 5; l. 1. Cod. 8, 20: Si vendidisset, qui ante pignus accepit: persecutio tibi hppothecaria superesse non posset. Cum autem debitor ipsi priori creditori eadem pignora in solutum dederit, vel vendiderit: non magis tibi persecutio adempta est, quam si

theilung der Licitationsgelder vorgehen muß. Auch in diesen beiden eben gedachten Fällen kann nun der Besitzer mehrerer Grundstücke nach heutigem Rechte mehrere sog. Hypotheken des Eigenthümers erworben haben, welche früher für dieselbe Forderung hafteten. — Nach R. R. war dies in jenen beiden Fällen nicht wohl möglich; denn die Hypothek ging auf den Erwerber des Grundstücks nur bis zur Höhe der Summe über, bis zu welcher die frühere Pfandschuld aus dem Kaufpreise des Grundstücks berichtigt worden war. Wenn daher die mehreren Grundstücke zusammen verkauft wurden, so erwarb der Käufer derselben an jedem Grundstücke doch nur einen entsprechenden Theil der früheren an diesen Grundstücken gemeinschaftlich bestellt gewesenen Hypothek, welcher Theil der Summe gleich kam, die aus dem Kaufpreise grade dieses Grundstücks zur Berichtigung der früheren, gemeinschaftlichen Pfandschuld verwendet wurde. Da aber die neueren Grund- und Hypothekengesetze die Hypothek des Eigenthümers in dem weiteren Umfange eingeführt haben, daß der Besitzer des Grundstücks trotz dem ihm an demselben zustehenden Eigenthume Pfandrechte, welche er bereits hat oder durch Cession oder auf irgend welche sonstige Weise erwirbt, als sog. Hypotheken des Eigenthümers beibehalten kann, so werden auch in den angegebenen beiden Fällen die früheren Hypotheken ungeschmälert als sog. Hypotheken des Eigenthümers fortbestehen dürfen; allein um deßwillen kann die Ausschließung der nachstehenden Gläubiger nach den gemeinrechtlichen, in dieser Beziehung durch die neueren Gesetze nicht erweiterten, sondern vielmehr häufig beschränkten Grundsätzen doch nur in demselben, eben angegebenen Umfange, in welchem dieselbe nach R. R. stattfand, Platz greifen; denn nur in diesem Umfange ist die Hypothek des Eigenthümers ein wirkliches, in der früheren Kraft fortbestehendes Pfandrecht, im Uebrigen ist dieselbe nur eine Pfandrechtsstelle. Wenn daher von den mehreren Grundstücken, auf welchen unter den angegebenen Voraussetzungen Hypotheken des Eigenthümers an der Stelle der für dieselbe Forderung früher bestellt gewesenen

---

aliis, easdem res debitor vendidisset: Sed ita, persequens res obligatas audieris, si quod eidem possessori propter praecedentis contractus auctoritatem debitum est, obtuleris.

Hypotheken haften, eines zur Subhastation kömmt, so werden die auf den anderen Grundstücken ruhenden Hypotheken des Eigenthümers insoweit erlöschen, als der Betrag dieser Hypothek aus den Licitationsgeldern dem Grundstückseigenthümer wirklich berichtigt wurde; denn in diesem Umfange findet eine wirkliche Tilgung der früheren Pfandschuld statt.

Sehen wir aber von den sog. Hypotheken des Eigenthümers ab, so wird überhaupt in allen Fällen, in welchen der Besitzer mehrerer, für dieselbe Forderung verpfändeter Grundstücke nicht zugleich persönlicher Schuldner der auf den Grundstücken verhypothicirten Forderungen ist[48]) eine Subhastation des einen die-

48) Es ist hier hauptsächlich auch der praktisch häufigste und wichtigste Fall ins Auge gefaßt, daß die mehreren, später durch Singular-Succession in dritte Hände übergegangenen Grundstücke ursprünglich von einem und demselben Besitzer für dieselbe Forderung verpfändet wurden. — Berichtigt Einer der späteren Besitzer solchenfalls die mit mehreren Hypotheken versehene Forderung, so hat er allerdings die solidarische Schuld der übrigen Grundstücksbesitzer zugleich getilgt. — Stünde ihm aber auch, obgleich er nur für sich und in eigenem Interesse gehandelt hat, wie von einigen Rechtslehrern, jedoch nicht mit Recht, behauptet wird — vergl. Sell, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß Th. 3. S. 370 ff., Th. 4. S. 17 ff.; v. Schröter, ebendaselbst Th. 6. S. 499 ff. — mit der actio negotiorum gestorum utilis ein Anspruch auf antheiligen Ersatz gegen die anderen Grundstücksbesitzer zu, so ist es doch klar, daß ein solcher durchaus persönlicher Anspruch des Grundstücksbesitzers im Falle nothwendiger Subhastation des Grundstücks auch nicht einmal mittelbar als Executionsobjekt solchen an ihren Forderungen eine Einbuße erleidenden Pfandgläubigern zu Statten kommen könnte; welchen der Grundstücksbesitzer nicht persönlich verpflichtet war. — G. A. Bielitz, in den Nachträgen zum Commentar über das allgem. Landrecht für die preuß. Staaten, 1. Hft. S. 123 ff. beleuchtet dieselbe Frage, ob, wenn mehrere Grundstücke für dieselbe Forderung verpfändet sind, der Besitzer eines derselben, wenn er diese Forderung berichtigt, von den andern Grundstücksbesitzern antheilige Beiträge, beziehendlich von dem Gläubiger eine Abtretung seiner Rechte verlangen könne. Bielitz verneint im Allgemeinen mit Recht diese Frage und hebt hervor, daß eine Correalverbindlichkeit nur dann anzunehmen sei, wenn die mehreren Grundstücke von mehreren Besitzern in einem gemeinschaftlichen Vertrage zur Hypothek bestellt worden seien oder zwar von einem und demselben Besitzer der mehreren Grundstücke, in dessen Verbindlichkeiten aber dann mehrere Erben eingetreten seien. — Man darf nach gemeinem Rechte nun allerdings das beneficium cedendarum actionum allgemein auf den

ſer Grundſtücke leicht erfolgen können, ohne daß irgend welche Veranlaſſung vorliegt, zu dem Vermögen des Beſitzers der Grundſtücke Concurs zu eröffnen oder aus irgend welchem ſonſtigen Grunde auch die anderen für dieſelbe Forderung verpfändeten Grundſtücke ebenfalls zur Subhaſtation zu bringen. In allen dieſen, keineswegs ſeltenen Fällen, können die an dem zur Subhaſtation gebrachten Grundſtücke nachſtehenden Pfandgläubiger eine antheilige Berichtigung der ihnen vorgehenden, auf den anderen Grundſtücken mithaftenden Hypothek aus dem Erlöſe dieſer anderen Grundſtücke ſelbſtverſtändlich ſchon aus dem Grunde nicht verlangen, weil dieſe Grundſtücke überhaupt gar nicht zur Verſteigerung, deren Kaufgelder daher auch gar nicht zur Vertheilung unter die Pfandgläubiger gelangen. Grade in dieſen Fällen, in welchen die pfandrechtlichen Befugniſſe der Gläubiger allein entſcheiden, weil

---

Fall der Bürgſchaft ausdehnen, da die gemeinrechtlichen Vorſchriften die beneficia divisionis und cedendarum actionum auf den Fall der gemeinſchaftlichen Verbürgung nicht beſchränken — cfr. §. 4. Inst. 3, 2; l. 10. §. 1, l. 26, l. 51. §. 4. Dig. 46, 1; l. 3, l. 10. §. 1, l. 16, l. 28. Cod. 8, 41; l. 3. Cod. 4, 18; l. 17, l. 39, l. 41. §. 1. D. 46, 1; l. 14. Cod. 8, 41; l. 27. §. 5, l. 28. Dig. 17, 1; l. 95. §. 10. Dig. 46, 3; l. 2. Cod. 8, 40. — Allein auch in dem Falle, wenn die mehreren Hypotheken urſprünglich von mehreren Grundſtücksbeſitzern für dieſelbe Forderung bürgſchaftsweiſe beſtellt wurden, können unter den im Texte angegebenen Vorausſetzungen die dieſen Hypotheken nachſtehenden Pfandgläubiger im Falle nothwendiger Subhaſtation eines der verpfändeten Grundſtücke aus den Bürgſchaftseinreden, welche dem Bürgen, beziehendlich deſſen Beſitznachfolger nur als Einreden zuſtehen, — cfr. l. 26, l. 28. Dig. 46, 1 — den Betrag der verbürgten Forderungen an ſich aber und die Haftung der für dieſelbe beſtellten Hypothek in keiner Weiſe ipso jure mindern, für ſich ſelbſt durchaus keinen Vortheil ziehen. Iſt ihnen der Beſitzer des Grundſtücks nicht perſönlich verpflichtet, ſo wird ihnen deſſen mittelſt des beneficii cedendarum actionum gegen die Beſitzer der mitverpfändeten Grundſtücke erworbener Anſpruch auch nicht als Executionsobjekt dienen können; ebenſowenig werden in dieſem Falle die nachſtehenden Pfandgläubiger, da ihnen der Grundſtücksbeſitzer nicht perſönlich verpflichtet iſt, irgend ein Recht haben, denſelben zur Geltendmachung des beneficii divisionis zu ihren Gunſten zu zwingen, indem es für den Grundſtücksbeſitzer viel vortheilhafter iſt, anſtatt ſich dieſer Rechtswohlthat zu bedienen, ſich vielmehr die Klage auf die antheilige Forderung gegen die anderen Beſitzer der mitverpfändeten Grundſtücke für ſich und zu ſeinem eigenen Nutzen von dem aus dem Subhaſtationserlöſe zu befriedigenden Pfandgläubiger cediren zu laſſen.

der Grundstücksbesitzer nicht zugleich persönlicher Schuldner der auf den Grundstücken hypothekarisch ruhenden Forderungen ist, zeigt sich recht deutlich, daß den nachstehenden Pfandgläubigern aus ihrem Pfandrechte keineswegs die Befugniß erwächst, die ihnen vorgehende, auf anderen Grundstücken mithaftende Hypothek, behufs deren Berichtigung, an die anderen mitverpfändeten Grundstücke zu verweisen. Bei mehreren, für dieselbe Forderung verpfändeten Mobilien treten aber unter denselben Voraussetzungen ganz dieselben Folgen ein, wenn der Besitzer dieser Pfandobjekte nicht zugleich persönlicher Schuldner der an diesen Objekten mit Pfandrecht versehenen Forderungen ist und nur eines der verpfändeten Objekte zur Versteigerung gelangt.

Wenn nun nach Vorstehendem keine pfandrechtlich begründeten Ansprüche der nachstehenden Gläubiger, da solche Ansprüche nicht vorhanden sind, sondern nur allgemeine Billigkeitsrücksichten maßgebend sein können, sobald mehrere für dieselbe vorgehende Forderung verpfändete Objekte zugleich zur Versteigerung und deren Erlöse zur Vertheilung gelangen, so muß auch, als der Billigkeit entsprechend, der Grundsatz entscheiden, welcher im Concurse ebenfalls gesetzliche Anerkennung gefunden hat, daß bei nicht völliger Befriedigung mehrerer gleichberechtigter Forderungen eine jede Forderung pro rata ihres Betrags zur Befriedigung gelange. Wenn also außerhalb des Concurses — der Fall des Concurses wird später noch eine eingehendere Erörterung finden — nicht nur eines, sondern mehrere oder alle Pfandobjekte, auf welchen für eine und dieselbe Forderung Hypotheken haften, zur Versteigerung kommen, so werden vorerst alle den für dieselbe Forderung haftenden Hypotheken nachstehenden Pfandgläubiger aus den Versteigerungserlösen ganz ebenso zu befriedigen sein, als wenn jene Hypotheken, welche für eine und dieselbe Forderung haften, für verschiedene Forderungen hafteten; denn insoweit haben die nachstehenden Pfandgläubiger in Wirklichkeit einen pfandrechtlich begründeten Anspruch auf Befriedigung. Insoweit aber diese nachstehenden Pfandgläubiger solchergestalt gar nicht oder nur theilweise ihre Befriedigung erhalten, werden sie an den sich ergebenden Ueberschüssen jener für dieselbe Forderung haftenden Pfandrechtsstellen pro rata der nicht berichtigten Beträge ihrer

Forderungen participiren[49]), nicht pro rata der ganzen Beträge ihrer Forderungen; denn insoweit diese Forderungen kraft ihres Pfandrechts berichtigt worden sind, dürfen dieselben nicht nochmals in Ansatz kommen und liegt selbstverständlich kein Grund vor, für diese berichtigten Beträge derselben Billigkeitsrücksichten in Anspruch zu nehmen.

Der angegebene Vertheilungsmodus muß nur die eine Beschränkung erleiden, daß die Gläubiger, welche den Hypotheken der mit mehrfachen Pfandrechten versehenen Forderung nachstehen, aus den Ueberschüssen der nach Befriedigung dieser Forderung freigeworde-

---

49) Bleiben wir also bei dem im Eingange dieses Aufsatzes in Note 1 zur Erläuterung gewählten Beispiele stehen, welches in Zahlen und Buchstaben sich folgendermaßen darstellte:

X = 8000 Thlr. Y = 4000 Thlr.

A = 5000 Thlr. B = 4000 Thlr. (dieselbe Forderung)
B = 4000 Thlr. D = 4000 Thlr.
C 3000 Thlr.

so würde, nach Befriedigung des mit doppelter Hypothek versehenen Gläubigers B aus den Licitationsgeldern, welche den für B haftenden beiden Pfandrechtsstellen zufallen, die Summe von 3000 Thlr. überschießen; von diesen 3000 Thlr. würde C drei Siebentheile und D vier Siebentheile erhalten, nach der Proportion ihrer nicht befriedigten Forderungen von 3000 : 4000; C würde demnach $1285^5/_7$ Thlr. und D $1714^2/_7$ Thlr. erhalten. — Betrüge aber die Grundstücksmasse X 10,000 Thlr. und die Grundstücksmasse Y 5000 Thlr., in welchem Falle das gewählte Beispiel sich folgendermaßen darstellt:

X = 1000 Thlr. Y = 5000 Thlr.

A = 5000 Thlr. B = 4000 Thlr. (dieselbe Forderung)
B = 4000 Thlr. D = 4000 Thlr.
C = 3000 Thlr.

so würde, nach Befriedigung des B aus den ihm auf seine beiden Pfandrechtsstellen in der Masse X und Y im Ganzen zufallenden 8000 Thlr., die Summe von 4000 Thlr. übrig bleiben; C aber würde als Pfandgläubiger unmittelbar nach der im Texte erörterten Vertheilungsmethode 1000 Thlr., D nach derselben Methode unmittelbar als Pfandgläubiger ebenfalls 1000 Thlr. erhalten haben, wenn man nämlich die Distribution der Massen so vornimmt, als wenn die beiden für B haftenden Hypotheken für verschiedene Forderungen hafteten; somit würde C noch 2000 Thlr., D noch 3000 Thlr. zu fordern haben; diese nicht gedeckten Beträge würden dann die Proportionszahl bilden für die Ansprüche von C und D an jene überschießenden 4000 Thlr., von welchen somit C $^2/_5$ oder 1600 Thlr., D aber $^3/_5$ oder 2400 Thlr. erhält.

nen Pfandrechtsstellen nicht mehr erhalten dürfen, als jene ihnen vorgehende Hypothek selbst beträgt[50]); denn da der Besitzer der mehrfachen, für dieselbe Forderung verpfändeten Objekte in den hier angenommenen Fällen den Pfandgläubigern nicht persönlich verpflichtet ist, so können auch deren Ansprüche sich nicht über das

---

50) Man denke sich zur Verdeutlichung den folgenden einfachen Fall; dieselbe Forderung des Z von 1000 Thlr. haftet auf den Grundstücken A. B und C zur ersten Hypothek; auf dem Grundstücke A haften für R dann 100 Thlr., auf dem Grundstücke B für S 200 Thlr., auf dem Grundstücke C für T 3000 Thlr. zur zweiten Hypothek. — A wird für 1000 Thlr., B ebenfalls für 1000 Thlr., C aber für 2000 Thlr. versteigert. — Das Beispiel stellt sich demnach in Zahlen und Buchstaben folgendergestalt dar:

A = 1000	B = 1000	C = 2000
Z = 1000	Z = 1000	Z = 1000
R = 100	S = 200	T = 3000

Nach dem im Texte angegebenen Vertheilungsmodus würden die auf A für R haftenden 100 Thlr., ebenso die auf B für S haftenden 200 Thlr., von den auf C für T haftenden 300 Thlr., aber 2000 Thlr. als Pfandforderungen keine unmittelbare Befriedigung finden können, wenn man nämlich bei der Vertheilung voraussetzt, die vorgehende Hypothek von 1000 Thlr. hafte an A, B und C für drei verschiedene Forderungen. — Es werden aber in Wirklichkeit aus den drei ersten Pfandrechtsstellen an A, B und C 2000 Thlr. nach Berichtigung der auf den drei Grundstücken zur ersten Hypothek eingetragenen Forderung von 1000 Thlr. frei. Vertheilt man diese 2000 Thlr. auf die nicht getilgten Forderungen von 100, 200 und 2000 Thlr. nach Proportion dieser Summen, so würde auf 100 Thlr. $^1/_{23}$ von 2000 Thlr. oder $86^{22}/_{23}$ Thlr., auf 200 Thlr. $^2/_{23}$ von 2000 Thlr. oder $173^{21}/_{23}$ Thlr., auf 2000 Thlr. $^{20}/_{23}$ von 2000 Thlr. oder $1739^3/_{23}$ Thlr. kommen. — Somit würde T auf seine Restforderung von 2000 Thlr. $739^3/_{23}$ Thlr. mehr erhalten, als die dem T in der eigenen Pfandmasse vorgehende, erste Hypothek von 1000 Thlr. selbst beträgt. — Auf diesen Mehrbetrag von $739^3/_{23}$ Thlr. muß T. aus dem im Texte angegebenen Grunde verzichten. — Dieser Mehrbetrag deckt aber in dem vorliegenden Falle die Restbeträge der Forderungen von 100 Thlr. und 200 Thlr. gänzlich; entgegengesetzten Falls würde derselbe diesen Forderungen pro rata nach der Proportion von 100 : 200 zufallen. — Was nun nach vollständiger Berichtigung der Forderungen von 100 Thlr. und 200 Thlr. von jenem Ueberschusse von $739^3/_{23}$ Thlr. noch übrig bleibt, das muß dem Grundstücksbesitzer zufallen und nicht dem Gläubiger T, aus demselben, im Texte gedachten Grunde, weil der Gläubiger T als Pfandgläubiger nicht mehr erhalten darf, als er erhalten würde, wenn die ihm vorgehende Hypothek von 1000 Thlr. an dem ihm verpfändeten Objekte überhaupt nicht haftete.

ihnen verpfändete Objekt hinaus noch auf andere Objekte mit erstrecken, welche, ohne diesen Gläubigern verpfändet zu sein, demselben Besitzer angehören; dies würde aber der Fall sein, wenn diesen Gläubigern aus den, an den anderen, für dieselbe Forderung mitverpfändeten Objekten haftenden und freigewordenen Pfandrechtsstellen mehr zufallen sollte, als die mit mehrfachen Pfandrechten versehene Forderung selbst und somit auch mehr, als die jenen Gläubigern an ihrem eigenen Pfandobjekte für diese Forderung vorgehende Hypothek beträgt. Dieser Mehrbetrag, welcher den nachstehenden Pfandgläubigern aus den Ueberschüssen der an den anderen Objekten für dieselbe Forderung haftenden und freigewordenen Pfandrechtsstellen über den Betrag der ihnen an dem eigenen Pfandobjekte vorgehenden Hypothek hinaus zufallen würde, muß demnach den an den anderen Objekten nachstehenden Pfandgläubigern, bei welchen ein solcher Mehrbetrag sich nach dem angegebenen Vertheilungmodus nicht ergeben hatte, zu gute kommen; derselbe wird unter diese anderen Pfandgläubiger nach den schon oben dargelegten Grundsätzen pro rata der nicht berichtigten Beträge ihrer Forderungen zu vertheilen sein.

Mit der bisherigen Ausführung, daß die an einem Pfandobjekte nachstehenden Pfandgläubiger auf eine ihnen *vorgehende* Hypothek nicht um deßwillen einen pfandrechtlichen Anspruch haben, weil für dieselbe Forderung, für welche diese Hypothek haftet, auch an anderen Objekten Pfandrechte bestellt worden, steht es vollkommen in Einklang, daß das rechtliche Verhältniß der einer solchen Hypothek nachstehenden, an *demselben* Objekte mit Pfandrecht versehenen Gläubiger *unter sich selbst* nur nach pfandrechtlichen Grundsätzen zu bestimmen ist und um deßwillen auch eine Vertheilung des Betrages der vorgehenden, für dieselbe Forderung an mehreren Objekten haftenden und nach Berichtigung dieser Forderung z. Th. freigewordenen Pfandrechtsstellen, insoweit dieser Betrag nach dem früher angegebenen Vertheilungsmodus der einen oder der anderen Pfandmasse zufällt, unter die an *demselben* Objekte mit Pfandrecht versehenen Gläubiger nach der pfandrechtlichen *Priorität* ihrer Forderungen statt finden muß; an diesem Betrage kann daher eine spätere Hypothek nicht parti-

cipiren, so lange eine an demselben Objekte haftende, vorgehende Hypothek noch nicht gänzlich getilgt ist[51]).

Bei dieser Art der Vertheilung möchte nur auffallend erscheinen, daß nachstehende Pfandgläubiger, wie das zu diesem Zwecke in der Note 51 angeführte Beispiel lehrt, aus dem Betrage der freigewordenen Pfandrechtsstellen häufig gar Nichts erhalten und dennoch deren Hypotheken einen Theil der Proportionssumme bilden[52]), nach welcher jener Betrag antheilig ihrer eigenen Pfand-

---

51) Nehmen wir das folgende Beispiel an:

A = 2000	B = 3000
R = 1000	R = 1000 (dieselbe Forderung)
S = 1500	W = 3000
T = 800	Z = 2000

Auf dem Grundstücke A, welches für 2000 Thlr. versteigert worden ist, hafteten für R 1000 Thlr. zur ersten Hypothek. — Auf dem Grundstücke B, welches für 3000 Thlr. versteigert worden ist, haftete für R dieselbe Forderung von 1000 Thlr. zur ersten Hypothek. — Auf A haften dann ferner für S 1500 Thlr. und für T 800 Thlr., auf B aber ferner für W 3000 Thlr. und für Z 2000 Thlr. — Es würden nach dem angegebenen Vertheilungsmodus zuvörderst S 1000 Thlr. und W 2000 Thlr. erhalten, ganz ebenso, wie wenn auf den beiden Grundstücken zwei verschiedene Forderungen von 1000 Thlr. zur ersten Hypothek hafteten. — Demnach blieben im Ganzen noch 1300 Thlr. in der Masse A und im Ganzen noch 3000 Thlr. in der Masse B zu berichtigen. — Die freigewordene Pfandrechtsstelle von 1000 Thlr. muß demnach nach der Proportion von 13 : 30 getheilt werden, somit der Masse A $^{13}/_{43}$ von 1000 Thlr. oder $302^{14}/_{43}$ Thlr., der Masse B aber $^{30}/_{43}$ von 1000 Thlr. oder $697^{27}/_{43}$ Thlr. zufallen. — Somit werden gemäß den Grundsätzen der pfandrechtlichen Priorität, in dem vorliegenden Falle T und Z gar Nichts erhalten, sondern es wird die Summe aon $302^{14}/_{43}$ Thlr. in der Masse A dem Gläubiger S auf dessen Rest-Forderung von 500 Thlr., die Summe von $697^{27}/_{43}$ Thlr. in der Masse B dem Gläubiger W auf dessen Rest-Forderung von 1000 Thlr. zufallen.

52) Die Proportionssummen müssen immer so gebildet werden, daß die in jeder einzelnen Pfandmasse der mit mehrfachen Pfandrechten versehenen Forderung nachstehenden, nicht berichtigten Hypotheken als Zähler eines Bruches angesehen werden, dessen Nenner der Additionssumme aller der, in den mehrfachen Pfandmassen jener Forderung nachstehenden, nicht berichtigten Hypotheken gleich ist; auf diese Weise erscheinen alle diese, nichtberechtigten Hypotheken zusammen als eine Einheit und die zu jeder einzelnen Pfandmasse gehörigen, nicht berichtigten Hypotheken als ein entsprechender Theil dieser Einheit, als welcher die letzteren nach Verhältniß des von ihnen dar-

masse, aber nicht ihnen selbst, sondern nur den ihnen vorgehenden Hypotheken zufallen soll. Allein das schließliche Ergebniß, daß eine nachstehende Pfandforderung leer ausgeht, ist eine Zufälligkeit und kann an dem Principe der Vertheilung um so weniger etwas ändern, als auch eine solche Forderung ursprünglich immer ein Interesse daran hat, bei dem Vertheilungsplane mit in Betracht gezogen zu werden; denn es kann eine derselben vorgehende Hypothek durch Verzicht oder auf andere Weise in Wegfall kommen und hierdurch sie selbst in deren Rechte und Stelle eintreten. Ebenso kann aber auch der nachstehende Pfandgläubiger seinerseits auf seine Hypothek verzichten, wodurch zum Nachtheile des vorgehenden Gläubigers die Proportion, nach welcher der Letztere selbst an dem Betrage der freigewordenen Pfandrechtsstellen zu particiren hat, eine Aenderung erleiden würde; der vorgehende Gläubiger wird sich daher in einem solchen Falle in seinem eigenen Interesse genöthigt sehen, um den nachstehenden Gläubiger von einem derartigen Verzichte abzuhalten, demselben durch besondere Vereinbarung einen Antheil an der ihm selbst nach jener Proportion zufallenden Quote zuzusichern.

Wenn die bisher erörterte Collision der an verschiedenen Pfandobjekten nachstehenden Gläubiger im Concurse eintritt, so wird angenommen, daß in diesem Falle dieselben Grundsätze maßgebend sein müßten, welche, unter gleichen Voraussetzungen, bei nothwendiger Versteigerung von Pfandobjekten außerhalb des Concurses zu gelten hätten[53]); allein ich kann mich von der Richtigkeit die-

---

gestellten Bruches, nämlich nach Verhältniß ihres Zählers zu ihrem Nenner, die Participirung ihrer Pfandmasse an dem ebenfalls als Einheit zu betrachtenden, freigewordenen Betrage der für dieselbe Forderung früher haftbar gewesenen Pfandrechtsstellen bestimmen. — Nach dem in der letzten Note angeführten Beispiele sollen 800 Thlr. + 500 Thlr. = 1300 Thlr. und 1000 Thlr. + 2000 Thlr. = 3000 Thlr. an dem als Einheit zu betrachtenden Betrage von 1000 Thlr. participiren und zwar nach Verhältniß ihrer Summen von 1300 und 3000; 1300 und 3000 können aber nicht anders als die Theile einer Einheit betrachtet werden, als indem jede dieser Zahlen als der Zähler eines Bruches erscheint, dessen Nenner ihrer Additionssumme gleicht, also $\frac{1300}{4300} + \frac{3000}{4300} = 1$ oder $\frac{13}{43} + \frac{30}{43} = 1$, welche letztere Einheit in dem vorliegenden Falle dem Betrage von 1000 gleich ist.

53) Vergl. die im Eingange dieses Aufsatzes citirten Abhandlungen von

ser Ansicht nicht überzeugen. Um auch hier den Ausgangspunkt von den Hypotheken des Eigenthümers zu nehmen, so werden, wenn vor Eröffnung des Concurses der Cridar mehrerer Hypotheken des Eigenthümers, welche ursprünglich für dieselbe Forderung bestellt gewesen waren, an mehreren seiner Grundstücke erworben hatte, diese Hypotheken mit Eröffnung des Concurses der gesammten Gläubigerschaft, als solcher, zufallen müssen [54]). Ihrer rechtlichen Natur nach enthält eine solche Hypothek des Eigenthümers, wie schon früher gezeigt wurde, eine offene Pfandrechtsstelle, welche durch die Cession an einen anderen Dritten mit einer wirklichen Forderung ausgefüllt und dadurch selbst zum wirklichen Pfandrechte wird. Die Gläubigerschaft aber ist dem Gemeinschuldner gegenüber ein Dritter, indem derselben zwar zu ihrer Befriedigung die Vermögensobjekte des Cridars abgetreten werden, sie aber um deßwillen mit Letzterem keineswegs eine

---

Guyet und de Fontenay. Nach der Preußischen Concursordn. vom 8. Mai 1855 ergiebt sich die im Texte gedachte Gleichstellung aus §. 395, welcher für nothwendige Subhastationen außerhalb des Concurses bestimmt: Wenn eine Forderung ungetheilt auf mehreren Grundstücken haftet, so kommen die für diesen Fall im Concurse gegebenen Vorschriften (§. 56) zur Anwendung.

54) Dieser Grundsatz hat in der preußischen Gerichtspraxis Anerkennung gefunden, wie wenigstens F. L. Th. Schück „die Preuß. Concursordn." ꝛc. S. 264 bezeugt; es heißt daselbst: ꝛc. „Wenn bis zur Eröffnung des Concurses der Kridar solche Forderungen, welche durch Zahlung, Erwerbung oder auf andere Weise seiner Verfügung anheim gefallen sind, nicht hat löschen lassen, ohne sie Anderen zu cediren, so gehören solche Hypothekenforderungen den Gläubigern der Gemeinmasse und können nach der Zeit der Eintragung geltend gemacht werden. Plenarbeschluß des Geh. Ober-Tribunals vom 9. Januar 1846 (J. M. Bl. pro 1846. S. 32) Anh. §. 52. A. L. R." — Die neue preußische Concursordnung hat in dieser Beziehung, wenn bereits vor Eröffnung des Concurses der Kridar die mehreren Hypotheken des Eigenthümers erworben hatte, eine ausdrückliche Abänderung nicht getroffen. Anders bestimmt das schon erwähnte sächsische Gesetz vom 6. Nov. 1843 §. 120: „Verfällt der Besitzer des Grundstücks in Concurs, so haben die gemeinen Gläubiger keinen Anspruch darauf, daß der Betrag einer auf den Besitzer selbst gekommenen hypothekarischen Forderung (§§. 117, 119) von der Specialmasse des Grundstücks abgesondert und zu ihrer Befriedigung verwendet werde, so lange andere auf das Grundstück eingetragene Gläubiger nicht vollständig befriedigt sind."

juristische Personeneinheit bildet.[55]) Mit Eröffnung des Concurses tritt die gesammte Gläubigerschaft in eine Gemeinschaft; deren Forderungen bilden die Totalität einer Gesammtmasse, die Passivmasse. — Diese Passivmasse, insoweit dieselbe chirographarische Masse ist, weil die Pfandgläubiger nicht doppelt in Ansatz kommen können, tritt somit in die offene Pfandrechtsstelle, in die Hypothek des Eigenthümers ein, welche letztere, wie jedes andere Werthobjekt, der Gläubigerschaft zu ihrer Befriedigung anheimfällt[56]). — Indem diese Hypothek der gesammten Gläubigerschaft cedirt wird, wozu es nach dem Begriffe der cessio omnium bonorum keines besonderen Cessionsaktes bedarf, wird dieselbe mit einer wirklichen Forderung eines Dritten, nämlich dem Betrage der chirographarischen

55) Die Ansichten über die rechtlichen Wirkungen der cessio omnium bonorum sind zwar in vielen Beziehungen verschieden; allein dem Gemeinschuldner gegenüber ist die Gläubigerschaft selbstverständlich eine dritte Person, wie auch nicht bestritten werden wird; man vergl. Leyser Medit. vol. IV. spec. 220; Hommel Rhapsod. etc. 193; Strubens rechtl. Bed. Th. 1. Bed. 102; Bauer opuscula XXXVII. pag. 399; Mevius decision. P. III. dec. 369; G. L. Böhmer Elect. T. 1. exerc. 11. §. 4 sq.; C. C. v. Dabelow Lehre vom Concurse ꝛc. S. 279 f.; Kind quaest. for. II. 5; Danz summar. Proz. §. 118; Mittermaier der gem. deutsche bürgerl. Prozeß Beitr. III. S. 172; Puchta über den Concursproz. ꝛc. S. 17. S. 22; l. 17 pr. Dig. 4, 8; l. 12 pr. D. 42, 5; l. 1. §. 1; l. 2 pr. §. 1. §. 2, l. 3 Dig. 42, 7; l. 10 pr. Cod. 7, 72.

56) Da die Hypothek des Eigenthümers zur chirographarischen Masse gehört, so können auch die an denselben Pfandobjekten nachstehenden Gläubiger ihr Recht an jener Hypothek keineswegs aus ihrem Pfandrechte, sondern lediglich aus ihrem Forderungsrechte selbst als gemeine Gläubiger ableiten. — Demnach participiren an der für eine solche Hypothek ausfallenden Quote der Licitationsgelder alle Gläubiger nach Verhältniß der Größe ihrer Forderungen. — Diejenigen hypothekarischen Gläubiger aber sind zur antheiligen Perception an jener Hypothek des Eigenthümers gar nicht berechtigt, welche ein persönliches Forderungsrecht an den Kridar überhaupt nicht, sondern lediglich nur einen auf dem Grundstücke desselben ruhenden, einer persönlichen Forderung an den Kridar ermangelnden, pfandrechtlichen Anspruch haben. — Wichtig ist in dieser Beziehung der häufig vorkommende Fall, daß das Pfandobjekt aus dem Eigenthume des persönlichen Schuldners, welcher dasselbe ursprünglich verpfändete, in das Eigenthum eines Dritten übergeht, welcher die Pfandschuld nicht zugleich als eine persönliche Schuld mit übernimmt.

Passivmasse ausgefüllt, wird daher auch selbst zur wahren und wirklichen Hypothek. — Man kann nicht einwenden, daß die Gläubigerschaft mit dieser Hypothek ein Pfandrecht im eigentlichen Sinne nicht erwerbe, weil der Grundstücks-Eigenthümer selbst ein solches Pfandrecht nach erfolgter nothwendiger Subhastation seines Grundstücks nicht für sich geltend machen dürfe. — Als Eigenthümer kann der Grundstücksbesitzer allerdings an seinem Grundstücke kein wirkliches Pfandrecht ausüben; die Abtretung des Vermögens des Cridars an die Gläubigerschaft, welche zum Behufe der Befriedigung der letzteren erfolgt, bewirkt aber keineswegs einen Eigenthumsübergang dieses Vermögens auf die Gläubigerschaft; um deßwillen werden auch die Grundstücke des Cridars nicht auf die Gläubigerschaft, als Eigenthümerin, nach Eröffnung des Concurses überschrieben, sondern der Cridar verliert mit diesem Zeitpunkte vielmehr nur das Verfügungsrecht über dieselben[57]). —

57) Vergl. §. 150 der Preuß. Concurs-Ordn. v. 8. Mai 1855: „Die Beschlagnahme der Immobilien (§. 137) erfolgt durch Entsetzung des Gemeinschuldners aus dem Besitze, durch Beschlagnahme der Einkünfte mittelst Administration oder Sequestration, und durch Eintragung der Concurseröffnung in die Hypothekenbücher. Bei dieser Eintragung genügt der Vermerk der Concurseröffnung, die Angabe des Zeitpunktes derselben und die Bezeichnung des Concursgerichts." Sächs. Gesetz vom 6. November 1843. §. 150: „Wenn Concurs zum Vermögen eines Besitzers von Immobilien eröffnet wird, so hat das Concursgericht solches der Grund- und Hypothekenbehörde ohne Verzug mitzutheilen und die Eintragung eines Veräußerungsverbots in das Grund- und Hypothekenbuch zu veranlassen. Diese Veranlassung ist auch ohne ausdrücklichen Antrag schon in der Mittheilung der Concurseröffnung selbst begriffen. — cfr. l. 3, l. 5 D. 42, 3; l. 3 cit.: Is qui bonis cessit, ante rerum venditionem utique bonis suis non caret: quare, si paratus fuerit se defendere bona ejus non veneunt. Bayer Concursproz. §. 23, 24. — Es wird Niemand bezweifeln, daß, wenn der Kridar durch unvorhergesehene Glücksfälle in die Lage kommt, seine Gläubiger noch nach Eröffnung des Concurses zu befriedigen, alle Vermögensobjekte desselben sein Eigenthum sind und bleiben, ohne daß dieselben von Seiten der Gläubigerschaft erst wiederum in sein Eigenthum zurück übertragen werden müßten; cfr. l. 2, l. 4, Cod. 7, 71: Legis Juliae de bonis cedendis beneficium, constitutionibus Divorum nostrorum Parentum ad provincias porrectum esse, ut cessio bonorum admittatur notum est: non tamen creditoribus sua auctoritate dividere haec bona, et jure dominii detinere, sed venditionis remedio, quatenus substantia patitur, indemnitati suae consulere permissum est etc.

Man könnte nun geltend machen, daß von den mehreren, urſprünglich für dieſelbe Forderung beſtellt geweſenen Hypotheken des Eigenthümers mit Eröffnung des Concurſes zwar eine Hypothek, aber nicht dieſe ſämmtlichen Hypotheken des Eigenthümers den chirographariſchen Gläubigern zufallen müßten, weil dieſelben doch nur für eine und dieſelbe Forderung urſprünglich beſtellt geweſen ſeien. Allein die mehreren Hypotheken des Eigenthümers ſind, wie dieſelben denn auch von dem Eigenthümer vor Eröffnung des Concurſes an verſchiedene Gläubiger für verſchiedene Forderungen weiter begeben werden konnten[58]), als ebenſo viele verſchiedene Werthobjekte[59]) zu betrachten und ſtellen, eine jede für ſich, einen ent-

58) Vergl. Note 36. — Die neueren Grund- und Hypothekengeſetze, welche großentheils verkennen, daß die Pfandrechtsſtelle, als ſolche, ſelbſtſtändig, ohne die Forderung, für welche dieſelbe haftet, nicht nur einem nachſtehenden hypothekariſchen, ſondern auch einem bisher an dem Pfandobjekte noch nicht mit Hypothek verſehenen Gläubiger abgetreten werden kann — cfr. l. 12 §. 4 Dig. 20, 4; l. 12 pr. Dig. 20, 6; l. 21 Cod. 4, 29 — behandeln meiſt nur den Fall, daß ein vorgehender Pfandgläubiger einem nachſtehenden Pfandgläubiger ſeine Pfandrechtsſtelle abtritt und ſeinerſeits in die Pfandrechtsſtelle des nachſtehenden Pfandgläubigers eintritt, vergl. Preuß. Hypothekenordnung §. 231; Baier. Hyp.-Geſ. §. 62; Königl. Sächſ. Hyp.-Geſ. §. 94. — Allein auch nach dieſen Beſtimmungen iſt es klar, daß der an verſchiedenen Objekten für dieſelbe Forderung mit vorgehenden Pfandrechtsſtellen verſehene Gläubiger eine jede dieſer Pfandrechtsſtellen einem anderen nachſtehenden Pfandgläubiger für eine andere Forderung abtreten kann.

59) Ueber die Schätzung dieſer Werthobjekte vergl. l. 16 §. 3, §. 6 Dig. 20, 1; l. 16 §. 3 cit.: etc. Sin vero dolo quidem desiit possidere, summa autem ope nisus non possit rem ipsam restituere, tanti condemnabitur, quanti actor in litem juraverit, sicut in caeteris in rem actionibus: nam si tanti condemnatus esset, quantum deberetur, quid proderat in rem actio, cum (et) in personam agendo idem consequeretur? — In dieſen beiden Stellen wird der Werth der dinglichen Sicherheit, welche im Pfande liegt, dem Werthe des perſönlichen Forderungsrechts gegenübergeſtellt und mit Recht angenommen, daß der höhere Werth der dinglichen, durch das Pfand gewährten Sicherheit einer höheren Summe der nur perſönlichen Forderung gleichkommen müſſe. — Nehmen wir z. B. an, daß in einem Concurſe die Chirographarier 50 Proz. erhalten, ſo würde eine perſönliche Forderung von 200 Thlr. in dieſem Concurſe nicht mehr werth ſein, als eine Pfandforderung von 100 Thlr., welche aus dem Erlöſe des Pfandes voll befriedigt wird, ſo daß das Pfandrecht an ſich in ſolchem Falle gerade 50 Prozent der Forderung ſelbſt werth iſt.

sprechenden Werththeil des verhafteten Grundstücks selbst dar, müssen daher sämmtlich, wie andere Vermögensobjekte des Gemeinschuldners, der gesammten Gläubigerschaft mit Eröffnung des Concurses zufallen. — Es wäre irrig, wollte man behaupten, daß diese mehreren, ursprünglich für dieselbe Forderung bestellten Hypotheken als Hypotheken des Eigenthümers auch ferner noch für dieselbe Forderung fort hafteten; dieselben haften vielmehr für gar keine Forderung mehr, weil der Eigenthümer nicht gegen sich selbst eine Forderung haben kann, sondern sind nur ebenso viele leere Pfandrechtsstellen, auf welche aber die nachstehenden Pfandgläubiger durchaus keinen rechtlichen Anspruch haben. — Die alleinigen Gründe, aus welchen der Eigenthümer, nach erfolgter, nothwendiger Subhastation der Grundstücke, als Besitzer dieser mehrfachen Pfandrechtsstellen, solche nicht als wirkliche Pfandrechte gegen die nachstehenden Gläubiger geltend machen kann, weil derselbe gegen sich selbst keine Forderung haben und an seiner eigenen Sache kein wirkliches Pfandrecht ausüben kann, sind für die Gläubigerschaft, wie gezeigt worden, nicht vorhanden; dieselbe kann daher auch gegen die nachstehenden Pfandgläubiger ein wirkliches, diese Letzteren an jedem einzelnen Pfandobjekte bis zum vollen Betrage der früheren Hypothek des Eigenthümers ausschließendes Pfandrecht geltend machen. —

Dasselbe Resultat muß sich nothwendig ergeben, wenn erst nach Eröffnung des Concurses eine mit Hypotheken an mehreren Grundstücken versehene Forderung aus den Subhastationserlösen dieser Grundstücke getilgt wird. — Wenn nämlich außerhalb des Concurses eine Forderung, welche auf mehreren Grundstücken hypothekarisch eingetragen ist, nach erfolgter Subhastation des einen dieser Grundstücke aus dem Subhastationserlöse desselben abgetragen wird, so wird Niemand bezweifeln, daß dieselbe aus dem Vermögen des Pfandschuldners berichtigt worden ist, zu welchem das subhastirte Grundstück gehörte. Ebensowenig läßt sich daher nach den neueren Grund- und Hypothekengesetzen bezweifeln, daß dieser Pfandschuldner, welchem auch die anderen, nicht zur Subhastation gekommenen Grundstücke gehören, auf welchen dieselbe Forderung hypothekarisch eingetragen war, die an diesen Grundstücken für diese Forderung bestellten Hypotheken als Hypotheken des Eigen-

thümers auf sich überschreiben lassen, beziehendlich nach anderen gesetzlichen Bestimmungen diese Hypotheken als Pfandrechtsstellen für sich offen halten kann[60]). — Ganz dieselben rechtlichen Grundsätze müssen aber auch nach Eröffnung des Concurses und deßwillen Platz greifen, weil auch nach diesem Zeitpunkte der Cridar, wie gezeigt worden, immer noch Eigenthümer der für dieselbe Forderung verpfändeten Grundstücke bleibt, nur daß alsdann die Gläubigerschaft es ist, welche in die freiwerdenden Pfandrechtsstellen an den anderen Grundstücken[61]) eintritt, weil ihr die Rechte des Cridars abgetreten worden sind; die Gläubigerschaft aber kann diese Pfandrechtsstellen gegen die nachstehenden hypothekarischen Gläubiger als wirkliche Pfandrechte geltend machen. Es ist nun selbstverständlich, daß diese Berechtigung der Gläubigerschaft nicht durch die Zufälligkeit beeinträchtigt werden kann, wenn etwa die mehreren, für dieselbe Forderung verpfändeten Grundstücke nicht nach einander, sondern auf einmal zur Subhastation gelangen sollten. — Zwar erlöschen durch die nothwendige Versteigerung alle Pfandrechte. — Allein da die Rangordnung der Gläubiger, sowie der Rechtsnachfolger und Cessionare derselben in Bezug auf ihre Befriedigung aus den Kaufgeldern versteigerter Pfandobjekte sich lediglich nach der Priorität ihrer früheren Pfandrechte richtet[62]), so tritt nach der Versteigerung eben nur das prioritätische Recht an den Licitationsgeldern an die Stelle des früheren Pfandrechts an dem Pfandobjekte selbst. — Es müssen daher die Pfandrechtsstellen mit der ihnen zukommenden Priorität als in den noch nicht berichtigten Licitationsgeldern mittelbarer Weise an dem Grundstücke selbst forthaftend gedacht werden[63]),

60) Vergl. meine angef. Abhandl. l. c. S. 56, S. 62 ff.

61) Diese Pfandrechtsstellen sind der Gläubigerschaft mit Eröffnung des formellen Concurses kraft der cessio omnium bonorum gleichsam eventuell im Voraus schon cedirt.

62) cfr. l. 15 §. 2 Dig. 20, 1; l. 12 §. 5, l. 20 D. 20, 4; vergl. auch Preuß. Concurs-Ordn. vom 8. Mai 1855 §. 53 bis mit §. 55 und dieselbe, dritter Abschnitt, von der Vertheilung der Kaufgelder bei nothwendigen Subhastationen §. 400.

63) Dieser Grundsatz ist in richtiger und für das praktische Bedürfniß sehr gedeihlicher Weise in dem angezogenen §. 400 der preuß. Concursordn.

indem für die nicht berichtigten Licitationsgelder allgemein nach den neueren Gesetzen eine Gesammthypothek auf dem subhastirten Grundstücke eingetragen wird. — In den hier erörterten Fällen wird demnach der gesammten Gläubigerschaft, anstatt der Hypothek des Eigenthümers, ein deren hypothekarischem Range bezüglich seiner Priorität entsprechendes Perceptionsrecht an den Licitationsgeldern zufallen.

Zu demselben Ergebnisse werden wir auf einem Umwege gelangen, welchen wir mit Rücksicht auf die an beweglichen Objekten haftenden Pfandrechte einschlagen wollen, da für diese Pfandrechte die Hypothek des Eigenthümers in der umfänglicheren, durch die neueren Grund- und Hypothekengesetze eingeführten Bedeutung nicht maßgebend ist. — Die Gläubigerschaft, welche dem Gemeinschuldner als dritte Person gegenübersteht[64]), muß um deßwillen auch

---

zur Anwendung gebracht; es heißt daselbst: ꝛc. „Gleichzeitig ist der aus dem Protokolle — welches nämlich über die Terminsverhandlungen in Betreff der Belegung und Vertheilung der Kaufgelder aufgenommen wurde — sich ergebende etwanige Kaufgelderrückstand in das Hypothekenbuch einzutragen. Der Eintragungsvermerk hat zugleich die den einzelnen Gläubigern übereigneten Antheile an dem Kaufgelderrückstande zu bezeichnen, sowie die Rangordnung derselben anzugeben. Als Eintragungsurkunde dient eine Ausfertigung des Adjudikationsbescheides und des Protokolles über die Belegung und Vertheilung der Kaufgelder. Jeder Gläubiger, welchem ein Antheil an dem Rückstande übereignet ist, hat die Befugniß, zu verlangen, daß ihm von dieser Eintragungsurkunde nach Maaßgabe des ihm zustehenden Vorrechts, eine Theilobligation abgezweigt wird" ꝛc. Da oft Jahre vergehen, bis der Pfandgläubiger aus dem Subhastationserlöse zu seiner Befriedigung gelangt, so ist für ihn die hier gesetzlich vorgeschriebene Ausfertigung einer durch Cession leicht zu verwerthenden Hypothekenurkunde über sein antheiliges, hypothekarisch gesichertes Recht an den Licitationsgeldern von der größten praktischen Wichtigkeit. — Eine ähnliche Vorschrift wird in der sächsischen, sowie anderen Gesetzgebungen noch vermißt.

64) Vgl. Not. 55; Walchius opuscula T. III. p. 337; A. Schweppe System des Concurses der Gläubiger §. 59. Mühlenbruch Cession der Ford. Rechte §. 18 S. 230 ff. Sowie durch die Cession einer Forderung dem Schuldner gegenüber keineswegs eine juristische Personeneinheit zwischen dem Cedenten und Cessionar begründet wird, daher der Gläubigerschaft von den Schuldnern des Cridars im Concurse auch nicht Einreden entgegengestellt werden können, welche erst nach Eröffnung des Concurses gegen den Cridar erwachsen sind, ebenso bildet einzelnen Gläubigern des Cridars gegenüber die

berechtigt sein, wie jeder Dritte, wenn dieselbe einen Pfandgläubiger des Cridars befriedigt, in dessen Pfandrechte und Pfandrechtsstellen mittelst der successio in locum alterius einzutreten[65]); einer besonderen Ausbedingung dieser Pfandrechtsstellen seitens der Gläubigerschaft von dem Gemeinschuldner bedarf es aber selbst verständlich nicht, weil die Gläubigerschaft selbst alle Rechte des Gemeinschuldners ausübt, daher diese Pfandrechtsstellen nur von sich selbst ausbedingen könnte. — Dem Vertreter der Gläubigerschaft, dem curator bonorum, würde demnach kein rechtliches Bedenken entgegenstehen, wenn derselbe, um eine mit mehrfachen Hypotheken versehene Forderung zu tilgen und die hierdurch frei werdenden Pfandsrechtsstellen für die chirographarische Masse zu erwerben, den entsprechenden Betrag noch vor der Versteigerung der für diese Forderung verpfändeten Objekte aus der übrigen gemeinen Masse entnähme. — Nach einer solchergestalt bewirkten Tilgung der mit mehrfachen Hypotheken versehenen Forderung würde die Gläubigerschaft mittelst der successio in locum alterius in die sämmtlichen Pfandrechtsstellen jener getilgten Forderung einrücken[66]). — Dem steht nicht entgegen, daß der Betrag zur

---

gesammte Gläubigerschaft mit diesem Letzteren anerkannter Maßen keine juristische Personeneinheit. — Wird daher eine Schuld des Cridars nicht auf dem gewöhnlichen Wege durch die Distribution der Masse ganz oder theilweise berichtigt, sondern vor diesem Zeitpunkte von der gesammten Gläubigerschaft, als solcher, übernommen oder getilgt, so ist Dies gradeso anzusehen, als sei dieselbe von einem Dritten übernommen oder getilgt worden.

65) cfr. l. 3 Dig. 20, 3; l. 12. §. 8, §. 9. Dig. 20, 4; l. 1. l. 2. Cod. 8, 19.

66) Man wird leicht finden, daß in solchem Falle das Eintrittsrecht der Gläubigerschaft in die mehrfachen, für dieselbe Forderung haftenden Pfandrechtsstellen in der rechtlichen Natur der successio in locum alterius begründet ist, wenn man den Fall annimmt, daß außerhalb des Concurses ein Pfandschuldner, welcher neben dem Pfandgläubiger noch einem anderen Gläubiger schuldet, dem Letzteren seine Schuld abträgt, von demselben aber dieselbe Summe sofort zu dem Zwecke zurück erhält, um mit dieser Summe den Pfandgläubiger zu befriedigen und dessen Pfandrecht dagegen dem von Neuem creditirenden Gläubiger einzuräumen. — In diesem, in seinen Voraussetzungen ganz analogen Falle würde gewiß eine vollkommen begründete successio in locum alterius vorliegen, gegen welche nachstehende Pfandgläubiger keinen Einwand erheben könnten.

Berichtigung jener Forderung aus der Masse, welche bis zur Distribution unter die Gläubiger noch im Eigenthume des Cridars verbleibt, entnommen wurde; denn über diese Masse kann nicht mehr der Cridar, sondern nur die Gläubigerschaft verfügen, da solche der letzteren zu deren Befriedigung abgetreten wird[67]); daher kann ein entsprechender Betrag aus der Masse oder deren Erlöse zu dem angegebenen Zwecke verwendet werden, um zum Behufe der besseren Befriedigung der gesammten Gläubigerschaft, als solcher, durch Erwerbung der mehrfachen, für dieselbe Forderung haftenden Pfandrechtsstellen ausreichendere Mittel zu erlangen. — Daß die Gläubigerschaft in solchem Falle an den mehrfachen, für dieselbe Forderung haftenden Pfandobjekten zusammen nicht nur

67) Die Quellen bieten ein entsprechendes Beispiel in l. 12 §. 9 Dig. 20, 4 dar, welche lautet: Si tertius creditor pignora sua distrahi permittit ad hoc, ut priori pecunia soluta, in aliud pignus priori succedat, successurum eum Papinianus lib. XI Responsorum scripsit: Et omnino secundus creditor nihil aliud juris habet, nisi ut solvat priori, et loco ejus succedat. Die Stelle behandelt den Fall, daß ein Gläubiger, welcher an einem Pfandobjekte die dritte Stelle inne hatte, für dieselbe Forderung von dem Schuldner auch noch andere Pfänder bestellt erhalten hat; er gestattet dem Schuldner den Verkauf dieser letzteren Pfänder, damit aus deren Erlöse derjenige Gläubiger befriedigt werde, welcher an jenem Pfandobjekte die erste Stelle inne hat; in diesem Falle soll nach dem Ausspruche Papinian's dieser Gläubiger, welcher die dritte Stelle an jenem Pfandobjekte hatte, in die Stelle des ersten, abgefundenen Gläubigers einrücken, obgleich die Mittel zur Befriedigung des ersten Gläubigers aus, wenn auch dem dritten Gläubiger verpfändeten Vermögensobjekten des Schuldners selbst entnommen wurden. — Wenn in dieser Stelle das Eintrittsrecht eines nachstehenden Pfandgläubigers in Frage steht, so wird hierdurch im Gegensatze zu anderen Fällen doch ein Unterschied nur insofern begründet, als ein solcher nachstehender Pfandgläubiger jenes Recht des Eintritts schon kraft gesetzlicher Bestimmung hat, ein Anderer aber, welcher die Mittel zur Befriedigung eines Pfandgläubigers gewährt, sich dessen Pfandrecht vom Schuldner erst besonders ausbedingen muß. — Aus dieser Stelle ergiebt sich somit unzweifelhaft, daß die Mittel, welche zur Befriedigung eines hypothekarischen Gläubigers dem Schuldner von einem Dritten, welcher in die Pfandrechtsstelle des abzufindenden Gläubigers eintreten will, gewährt werden, keineswegs aus dem diesem Dritten eigenthümlichen Vermögen entnommen sein müssen, wenn dieselben eben nur ohne die Einwilligung des Dritten zu solchem Zwecke nicht verwendet werden konnten, also insofern seiner rechtlichen Verfügung unterlagen.

bis zum einfachen Betrage dieser Forderung, welche von ihr berichtigt worden, sondern vielmehr an jedem einzelnen Pfandobjekte bis zum vollen Betrage dieser Forderung kraft der ihr zugefallenen Pfandrechtsstellen ein Pfandrecht erwirbt, dies ergiebt sich aus den früher vorausgeschickten Erörterungen. — Wir sahen, daß ein Gläubiger, welchem für dieselbe Forderung an mehrfachen Pfandobjekten Hypothek bestellt worden, diese mehrfachen Pfandrechte oder vielmehr Pfandrechtsstellen an einen oder mehrere Gläubiger für verschiedene Forderungen abtreten kann [68]); folgerichtiger Weise kann daher ein solcher Gläubiger diese Pfandrechtsstellen zusammen an einen anderen Gläubiger auch für eine Forderung von höherem Betrage abtreten, als für welchen dieselben ursprünglich eingeräumt worden, wenn auch in solchem Falle jede einzelne Pfandrechtsstelle für sich allein nur bis zur Höhe der Summe haftet, für welche dieselbe früher haftbar gewesen [69]). — Demnach wird in den hier fraglichen Fällen die Gläubigerschaft mit ihrer gesammten Forderung, nämlich dem Betrage der chirographarischen Passivmasse in die mehrfachen, durch Befriedigung des früheren Gläubigers ihr zugefallenen Pfandrechtsstellen als Pfandgläubigerin, eintreten müssen, jedoch mit der Beschränkung, daß jede dieser Pfandrechtsstellen für sich allein nur bis zur Höhe des Betrages haftbar bleibt, für welchen dieselbe früher haftbar gewesen. — Der Betrag, für welchen diese Pfandrechtsstellen zusammen der chirographarischen Masse haftbar werden, ergiebt sich daher aus der Multiplication der Summe der von der Gläubigerschaft berichtigten, mit mehrfachen Pfandrechten versehen gewesenen Forderung mit der Anzahl dieser Pfandrechte, es wäre denn, daß die chirographarische Masse selbst eine geringere Summe betrüge. — Zwar lassen sich aus der successio in locum alterius allerdings nicht

68) Vergl. Note 36 und Note 58.

69) Dies ist aber nicht so aufzufassen, als wenn in diesem Falle die einzelne Pfandrechtsstelle nur für einen bestimmten Theil der an die Stelle der früheren Forderung getretenen Pfandrechtsforderung von höherem Betrage haftete; vielmehr haftet aus dem Erlöse jedes einzelnen Pfandobjekts nur ein der früheren, getilgten Pfandforderung gleichkommender Betrag; allein dieser Betrag haftete für die ungetheilte, an die Stelle der früheren Pfandschuld getretene, höhere Forderung. cf. l. 12. §. 5, l. 20 Dig. 20, 4.

unmittelbar für die Gläubigerschaft diese Folgerungen ableiten. — Allein es wird nur der einfachen Zwischenhandlung einer Cession der oben gedachten Art bedürfen, um zu demselben rechtlichen Ergebnisse zu gelangen. — Die Gläubigerschaft, welcher die mehrfachen, für die von ihr berichtigte Forderung haftbar gewesenen Pfandrechtsstellen mittelst der successio in locum alterius zugefallen sind, kann dieselben sämmtlich mit solidarischer und simultaner Haftung an alle die einzelnen chirographarischen Gläubiger für jede einzelne von deren Forderungen abtreten. — Solchergestalt werden diese Pfandrechtsstellen sämmtlich, eine jede bis zur Höhe des Betrags der getilgten Forderung, für welchen dieselben früher haftbar gewesen, in solidum für jede einzelne chirographarische Forderung haften und folglich auch für die chirographarische Masse selbst haften, welche aus der Gesammtheit dieser einzelnen chirographarischen Forderungen besteht. —

Ich glaube nun, daß, wenn nach dem Bisherigen die Gläubigerschaft durch Handlungen, welche ganz von ihrem Belieben abhängen, sich die mehrfachen, für dieselbe Forderung haftenden Pfandrechtsstellen zur Befriedigung der chirographarischen Gesammtmasse sichern kann, es in Wirklichkeit zu diesem Zwecke nicht erst der Vornahme solcher Zwischenhandlungen bedürfen wird und zwar aus dem einfachen Grunde nicht, weil an deren Vornahme eigentlich Niemand ein rechtliches Interesse hat. — Ich habe diese Zwischenhandlungen eben nur als die Prämissen dargelegt, aus welchen sich ergiebt, daß die Gläubigerschaft die mehrfachen, für dieselbe Forderung haftenden Pfandrechtsstellen, nach Berichtigung dieser Forderung, für sich selbst, für die Gesammtheit der chirographarischen Gläubiger, in Anspruch nehmen kann, auch wenn nach diesen Pfandrechtsstellen an denselben Pfandobjekten anderen Gläubigern noch Pfandrechte zustehen sollten. —

Ich konnte mich bei der bisherigen Darstellung der erörterten Fragen auf die von Anderen aufgestellten oder in der Praxis gangbaren Theorieen nicht stützen, weil dieselben sämmtlich von den von mir vertheidigten Grundsätzen abweichend sind. — In sehr summarischer Weise hatte die Baierische Prioritätsordnung vom 1. Juni

1822. §. 19. Abs. 2 die hier fraglichen Fälle behandelt[70]). — Guyet Arch. für civil. Praxis l. c. S. 374 macht gegen diese, von der Baier. Prior. Ordnung vorgeschriebene, in der Note dargelegte Vertheilungsweise der Subhastationserlöse den richtigen Einwand geltend, daß dieselbe den Grundsatz der Spezialität des Pfandrechts verletze, da kein Gläubiger aus einem anderen, als dem ihm selbst verpfändeten Objekte, kraft seines Pfandrechts, seine Befriedigung verlangen könne. — Derselbe Vorwurf trifft die von Mayer in seinem Commentar zu dem Würtembergischen Pfandgesetze Th. II. S. 85 flg. aufgestellte Methode[71]). — Mehr Anerkennung fanden und als die hauptsächlich jetzt herrschenden Theorieen können betrachtet werden die s. g. Societätstheorie, die Guyet'sche Theorie und die von de Fontenay aufgestellte Theorie, welche der Kürze halber als Gleichheitstheorie bezeichnet werden kann. Die Societätstheorie wurde von der preußischen Gerichtsordn. Th. I. Tit. 50. §. 521 adoptirt; dieselbe ergiebt sich hinlänglich deutlich aus dieser Gesetzesstelle, welche lautet: „Wenn ein Creditor mit einem Kapital auf mehrere Grundstücke eingetragen ist: so kann die Frage entstehen: nach welchen Verhältnissen er auf die Kaufgelder eines jeden derselben angewiesen werden solle? Alsdann müssen von den Kaufgeldern eines jeden Guts die einem solchen

---

70) Dieselbe bestimmte, daß, wenn für dieselbe Forderung Hypotheken an mehreren Immobilien haften, an welchen auch Nachhypotheken bestellt sind und die Licitationserlöse dieser Grundstücke nicht ausreichen, um sämmtliche, auf denselben hypothekarisch ruhende Forderungen zu decken, solchenfalls diese Licitationsgelder zusammen in eine Masse geworfen werden und aus derselben die sämmtlichen, an diesen verschiedenen Grundstücken mit Hypothek versehenen Forderungen lediglich nach der Zeitfolge der Bestellung der Hypotheken, ohne Rücksicht darauf, auf welchem der Grundstücke eine jede derselben hafte, zur Befriedigung gelangen sollten.

71) Nach derselben sollen nach Berichtigung derjenigen Hypotheken, welche an den mehreren Grundstücken nur mit mehrfachen Hypotheken versehenen Forderung vorgehen, die gesammten Reste der Subhastationserlöse dieser mehreren Grundstücke in eine Masse geworfen und aus dieser dann zuvörderst jene mit mehrfachen Hypotheken versehene Forderung selbst, die nachstehenden Forderungen aber, ohne Rücksicht darauf, an welchem Grundstücke dieselben haften, sämmtlich nach Verhältniß ihrer Größe pro rata berichtigt werden.

Gläubiger vorstehenden Posten abgerechnet, die sodann von jedem übrigbleibenden Quanta addirt, die Summe davon mit der Summe seiner Forderung in Proportion gesetzt, und solchergestalt dasjenige, was er von jedem der beiderlei Kaufgelder zu erhalten hat, nach der Sozialitätsregel bestimmt werden. — Wenn also z. B. die Forderung eines solchen Gläubigers 5000 Thlr. beträgt, und von den Kaufgeldern des ersten Guts, worauf diese Forderung eingetragen ist, nach Abzug der vorstehenden Posten 20000 Thlr., von dem zweiten aber nur 5000 Thlr., folglich zusammen 25000 Thlr. übrig bleiben, so wird dieser Creditor aus den Kaufgeldern des ersten Guts mit 4000 Thlr. und aus denen des zweiten mit 1000 Thlr. befriedigt[72])". —

Als eine Art der Societätstheorie kann ferner auch die Methode bezeichnet, welche Guyet l. c. S. 376 so benennt[73]). — Nach dieser Theorie bilden die nach den höchsten Einzelgeboten zu bestimmenden Werthe der Grundstücke[74]), also die Licitationssum-

72) Diese Societätstheorie ist von der neuen preuß. Concursordn. vom 8. Mai 1855 in §. 56 unverändert beibehalten worden, indem §. 56 unter 2 noch bestimmt: ꝛc. „Sind die Grundstücke nur nach einem Gesammtgebote zugeschlagen, so werden die Taxwerthe der einzelnen Grundstücke der Berechnung zum Grunde gelegt." Auch das Münchener O. A. G. hatte diese Theorie angenommen; vergl. Blätter für Rechtsanwendung 1854 S. 385 ff. — Allein die baierische Gesetzgebung hat sich in neuerer Zeit, wie ein von den Ständen im Jahre 1856 berathenes Gesetz lehrt, der Gleichheitstheorie zugewendet. Im Königr. Sachsen wird die Societätstheorie in der Rechtsprechung ebenfalls befolgt, vgl. Heinrich Reinhard l. c. §. 202.

73) Guyet führt als Vertheidiger dieser Theorie auf: Bezzel über Anweisung von Forderungen, die auf mehrere Immobilien eingetragen sind ꝛc. §. 19 S. 57 ff.; Seeger Erläuterung des Würtemberg. Pfandgef. S. 317; Gönner Commentar über das baierische Hypothekengef. Th. 1. S. 472 ff.

74) Jedenfalls ist die Schätzung des Werthes der Grundstücke nach den höchsten Geboten auf die einzelnen Grundstücke die richtigere und die in §. 56 der preuß. Concursordn. für den Fall eines Gesammtgebots ertheilte Vorschrift, den Taxwerth der einzelnen Immobilien der Berechnung und Vertheilung zu Grunde zu legen, sollte, da der Taxwerth mehr oder weniger nur eine Fiction des wirklichen Werthes ist, womöglich vermieden werden. — So hat auch das O. A. G. zu Dresden — s. Zeitschr. für Rechtspflege und Verwaltung XIII S. 274 ff. — erkannt: „Wenn zu einer Concursmasse mehrere Grundstücke gehören, auf welchen besondere Hypotheken haften, so hat jeder

men in ihrer Totalität die Proportion, nach welcher die auf mehreren Grundstücken ruhende Hypothek an die verschiedenen Massen angewiesen werden soll, so daß z. B. eine Forderung von 600 Rthlr., wenn das eine der Grundstücke für 2000 Rthlr. — .. — .., das andere für 1000 Rthlr. zugeschlagen wurde, mit 400 Rthlr. aus dem Erlöse des ersten, mit 200 Rthlr. — .. —, aus dem Erlöse des letzteren Grundstücks zur Befriedigung gelangen müßte. —

Zur Verdeutlichung der Guyet'schen Methode ziehe ich vor, das von Guyet selbst Arch. für civilist. Praxis l. c. S. 381 gewählte Beispiel hier zu wiederholen, welches schon in Note 1 in Zahlen dargestellt wurde, weil die von Guyet S. 383 in Worten gegebene Erklärung seiner Theorie ohne ein Beispiel nur schwer verständlich sein möchte[75]). — Guyet sagt, wobei man das Bei-

Hypothekgläubiger ein Recht darauf, daß jedes Grundstück einzeln zur Licitation gebracht werde, und, wenn nach deren Erfolg die einzelnen Grundstücke nachher noch zusammen subhastirt werden, so ist der Erlös, soweit derselbe die Einzellicita übersteigt, nicht nach Verhältniß der Taxen, sondern nach Verhältniß der früheren Einzelgebote auf die Special-Pfandmassen zu repartiren."

75) Guyet's wörtliche Ausführung daselbst mit Bezug auf zwei für dieselbe Forderung verpfändete Objekte lautet: „Es handelt sich also nur darum, das Verhältniß anzugeben, in welchen von den, aus beiden Erlösen dem Gläubiger zustehenden Tilgungssummen, die Abzüge zu machen sind, und dieses Verhältniß scheint kein anderes sein zu können, als das der Größe der, aus beiden Separaterlösen zusammengenommenen, dem Gläubiger möglicherweise zustehenden Tilgungssumme, zu der Größe der Summe, welche er eigentlich zu fordern hat; mit anderen Worten, es muß der Abzug an jeder Tilgungssumme in Verhältniß derjenigen Quantität geschehen, welche der Gläubiger aus jedem Separaterlöse zu viel erhalten würde" ꝛc. Diese Theorie Guyet's ist somit dem mathematischen Grundsatze entnommen, daß, wenn eine Größe auf zwei andere Größen zu vertheilen ist, das Verhältniß der ersteren Größe zu den beiden letzteren Größen den Theilungsmaßstab an die Hand geben müsse; allein auf einem rechtlichen Grundsatze beruht diese Theorie in keiner Weise. — Die Hypothek, welche auf mehreren Objekten ruht, ist ja nicht an sich selbst aus irgend welchem rechtlichen Grunde auf diese mehreren Objekte zu vertheilen, sondern ruht in ihrer Totalität solidarisch auf jedem dieser Objekte. — Muß dennoch eine solche Theilung faktisch eintreten und soll die letztere nicht willkürlich sein, so können weder nach der Guyet'schen Theorie die der gemeinschaftlichen Hypothek in den verschiedenen

spiel in Note 1 sich vor Augen stellen muß: „Nach Vorabbezahlung des A mit 5000 Thlr., bleiben aus dem Erlöse von X noch 3000 Thlr. übrig, auf welche also B mit seiner ganzen Forderung von 4000 Thlr. angewiesen wird; ebenso wird er mit dieser Forderung auf den Erlös aus dem Gute Y mit 4000 Thlr. angewiesen, und würde also demnach 3000 und 4000 Thlr. = 7000 Thlr., mithin 3000 Thlr. mehr erhalten, als seine Forderung beträgt, d. h. um drei Siebentheile zu viel. Es wird ihm folglich an der vollen Tilgungssumme, die er aus dem Erlöse von X angewiesen bekommen hat, ein Abzug von drei Siebentheilen gemacht, und ebensoviel wird ihm von der angewiesenen vollen Tilgungssumme aus dem Erlöse von Y abgezogen." — Guyet stellt somit die Theorie auf, daß das Verhältniß für die Vertheilung der mit mehrfachen

---

Pfandmassen zufallenden Licitationsquoten, noch nach den Societätstheorieen die Reste der Licitationssummen in den verschiedenen Pfandmassen oder die Größe dieser Pfandmassen selbst, noch nach der Fontenay'schen Theorie die Anzahl dieser mehrfachen Pfandmassen entscheiden. — Alle diese Größen, welche die Proportionen für die Vertheilung der gemeinschaftlichen Hypothek auf die verschiedenen Pfandmassen bilden sollen, sind todte Zahlen, welche nicht den Forderungen bestimmter berechtigter Subjekte, bestimmter Gläubiger entsprechen; man kann sich daher für die eine oder andere dieser Theorieen auch nicht auf Billigkeitsrücksichten berufen. — Nehmen wir z. B. an, daß in einer von zwei Pfandmassen, der Masse X, nach der gemeinschaftlichen Hypothek keine anderen Hypotheken weiter folgen, in der Masse Y aber auf die gemeinschaftliche Hypothek noch eine große Anzahl anderer Hypotheken folgt, welche aus dem Licitationserlöse von Y gar nicht oder doch nur theilweise zur Befriedigung gelangen können, so würde dieser Umstand nach allen jenen Theorieen auf die Proportion der Vertheilung der gemeinschaftlichen Hypothek auf die verschiedenen Pfandmassen nicht den geringsten Einfluß ausüben. — Wenn man aber grade aus Rücksicht auf die nachstehenden, nicht befriedigten Gläubiger die Berichtigung der gemeinschaftlichen Hypothek aus den mehrfachen Pfandmassen nicht der Willkür des Forderungsberechtigten und selbst nicht einmal dem Ermessen des Richters überlassen, sondern der gesetzlichen Sanktion unterstellen will, so ist es auch klar, daß die nicht berichtigten hypothekarischen Gesammtsummen in den einzelnen Pfandmassen in solcher Weise, wie bisher, ausführlicher dargelegt wurde, als Proportionszahlen für ihr eigenes Anrecht an die frei werdenden Licitationsquoten dienen müssen. — Die angeführten Theorieen befolgen dieses Prinzip nicht und werden somit selbst den Grundsätzen der aequitas untreu, von welcher dieselben ihren Ausgangspunkt nehmen.

Hypotheken verſehenen Forderung auf die verſchiedenen Pfandmaſſen mittelbar beſtimmt werden müſſe nach der Proportion der Summe aller der in dieſen einzelnen Maſſen jener Forderung zufallenden, zuſammengerechneten Beiträge zu der Summe jener Forderung ſelbſt. —

Die Gleichheitstheorie, welche de Fontenay Arch. für civiliſt. Praxis l. c. S. 170 flg. ausführlich vertheidigt hat, beruht auf dem Grundſatze, daß die nachſtehenden Hypothekarier in den hier fraglichen Colliſions-Fällen ein gleich ſtarkes Recht darauf hätten, den Vorhypothekarier, welcher für dieſelbe Forderung mehrfache Hypotheken habe, in eine andere Pfandmaſſe verwieſen zu ſehen, woraus denn folge, daß der Letztere zu gleichen Theilen aus den verſchiedenen Pfandmaſſen ſeiner Befriedigung erlangen müſſe, ſoweit die thatſächlichen Verhältniſſe Dies geſtatten. — Wenn aber eine Pfandmaſſe nicht hinreiche, um den von ihr nach dieſem Grundſatze zur antheiligen Berichtigung der gemeinſchaftlichen Hypothek zu gewährenden Beitrag zu leiſten, ſo müſſe der ausfallende Betrag ebenfalls wiederum zu gleichen Theilen auf die übrigen Pfandmaſſen vertheilt werden [76]).

Ich muß ſchließlich dem Leſer die Vergleichung der vorſtehend von mir in gedrängter Kürze dargelegten Theorieen mit der von mir entwickelten Methode überlaſſen. Ich war beſtrebt, die letztere mit ſtrenger Conſequenz aus anerkannten rechtlichen Grundſätzen zu folgern, indem es mir ſchien, als ob nach allen jenen Theorieen und deren vielen hier gar nicht erwähnten Ab- und Nebenarten dieſe rechtlichen Grundſätze mehr oder weniger von willkürlichen Annahmen verdrängt worden ſeien. —

---

76) Gegen die Fontenay'ſche Theorie vergl. noch Note 32.